

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”
UNIVERSIDAD DE ALICANTE**

**DIPARTIMENTO di GIURISPRUDENZA
FACULTAD de DERECHO**

Dottorato di ricerca in Filosofia del Diritto: arte e tecnica della
giurisprudenza-ermeneutica dei diritti dell’uomo
XXVI ciclo

DOTTORATO IN CO-TUTELA

Prima della nascita.

Il giudice di fronte alle scelte bioetiche: un’analisi comparata

Antes del nacimiento.

**La justificación de las decisiones bioéticas en la jurisprudencia: un
análisis comparativo**

Candidata: Giusy Conza

Tutor: Ch.mo Prof. Angelo Abignente

Tutor: Ch.mo Prof. Manuel Atienza

Anno accademico 2013/2014

PRIMA PARTE

1. Bioetica e linguaggio dei diritti.

“Abbiamo l'impressione che nessuna parte del lessico morale sia servita più del linguaggio dei diritti a proteggere gli interessi legittimi dei cittadini nelle varie situazioni politiche. La condizione di essere un detentore di diritti in una società che li faccia valere è fonte di tutela personale, di dignità e di stima di sé. Al contrario, sostenere che qualcuno abbia l'obbligo di tutelare gli interessi di qualche altro individuo può mantenere il beneficiario in una situazione di dipendenza dall'altrui volontà di ottemperare all'obbligo¹”. La nascita della bioetica viene dalla letteratura dominante² ricondotta a queste considerevoli riflessioni di Beauchamp e Childress. Esse segnano il passaggio nodale, nel campo dell'etica medica, dal linguaggio dei doveri professionali al linguaggio dei diritti, avvicinando sempre più il mondo della bioetica alla curiosità attenta del giurista.

È necessario risalire alla tradizione ippocratica, per comprendere le dinamiche del rapporto che intercorre tra chi gode di piena autonomia in ottemperanza ad un dovere professionale e chi, al contrario deve semplicemente ottemperare ad un obbligo. Il rapporto tra medico e paziente appunto, si consolidava su due corollari: il dovere professionale di fare il bene del malato e l'obbligo di questi di accettare completamente le decisioni del curante. Il rapporto che intercorreva tra i due soggetti non era di tipo relazionale ma asimmetrico, la parte più vulnerabile, il paziente, si trovava a dover interagire in un'ottica di etica medica paternalistica. Una concezione etica, quest'ultima, che prescriveva al medico una condotta

¹ T. L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, USA 1979, trad it., (a cura di) F. Demartis, *Principi di etica biomedica*, Le Lettere, Firenze, 1999, p. 86.

² C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L'argomentazione del giudizio bioetico. Teorie a confronto*, Franco Angeli Editore, Milano 2005.

attiva o omissiva per il bene di una persona senza che fosse necessario ottenere il suo assenso, in quanto si riteneva che il medico, in adempimento dei suoi doveri professionali, avesse la competenza tecnica necessaria per decidere in favore e per conto del paziente. In questa prospettiva è solo ed esclusivamente il medico ad avere la possibilità di scelta sulla situazione sanitaria del paziente. La relazione tra i due soggetti è dunque fortemente disarmonica poiché il paziente viene considerato non solo privo di una conoscenza tecnica, ma finanche incapace di decidere moralmente per sé.

Nel corso degli ultimi decenni del XX secolo si sono avute profonde trasformazioni nelle modalità di esplicazione della pratica medica, complici il notevole progresso scientifico e tecnologico, che ha permesso alla medicina di avere una fruttuosa capacità tecnica d'intervento (basti pensare solo per citarne alcune, alle tecniche per la riproduzione assistita, ai trapianti di organo, ecc.); da qui la rivendicazione profonda da parte degli individui di forti aperture verso l'autodeterminazione decisionale³ nell'ambito di una prestazione medico-chirurgica.

Nasceva così l'esigenza di leggere il legame tra medico e paziente non più alla luce di un rapporto di dipendenza basato sull'adempimento delle *leges artis*, ma di relazione dialogica fondato stavolta sul linguaggio dei diritti. In questo nuovo contesto, diventano rilevanti il dovere del medico di informare il paziente e di ottenere il suo consenso; ed il diritto del paziente di decidere a quale trattamento sanitario sottoporsi o non sottoporsi affatto⁴. È un'ottica in cui si fa sempre più evidente la possibilità per il paziente di determinare, in un contesto di relazione dialogica, ciò che può o non può essere fatto, vedendo rispettata la propria volontà.

³ Significative al riguardo le parole di John Stuart Mill nel suo saggio "*Sulla libertà*": "Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente, l'individuo è sovrano". J.S. Mill, *Sulla libertà*, (a cura di) G. Mollica, Bompiani, 2000.

⁴ Nella continua contrapposizione tra paternalismo autoritativo (in cui la libertà decisionale del malato era ridotta al minimo) e contrattualismo (autonomia del paziente e perseguibilità del medico in caso di inottemperanza alle clausole contrattuali) si è parlato di un passaggio all'"alleanza terapeutica" intesa come raggiungimento di un fine comune, il bene del malato.

La deontologia medica si è trovata negli ultimi anni ad affrontare un cambiamento radicale dovuto in particolare ad un contesto caratterizzato dal progresso scientifico, piuttosto che da un bisogno di legittimazione dei diritti dei pazienti. Se, infatti, in passato la deontologia ha sempre attribuito al medico un ampio potere di decisione sul se e come intervenire, oltre che sul se e quando informare il paziente sulle sue condizioni, si trova oggi a dover fare i conti con la necessità di ridefinire il complesso insieme dei poteri, doveri e responsabilità del medico in relazione ai diritti dei pazienti.

In verità l'avvento del linguaggio dei diritti se ha, innegabilmente, costituito un merito per la bioetica, d'altro canto non è scevro da limiti. Basti pensare alla proliferazione di nuovi diritti che, pur rispondendo ad esigenze particolaristiche e specifiche, rischiano però di vanificare ogni tentativo di sistematicità, unità e coerenza nella pratica della disciplina: diritto a sapere e a non sapere; diritto all'accesso alle cure e diritto al rifiuto del trattamento; diritto della coppia a tutelarsi con l'anonimato nell'eventualità di un ricorso alla fecondazione eterologa e diritto di ogni figlio a conoscere la propria origine biologica; etc. Il linguaggio giuridico è "una struttura di pensiero che si orienta per opposti"⁵, chi studia le questioni inerenti il diritto alla vita, sa che queste sono intrise di dilemmi (soggetto-oggetto; nato o non nato, persona- cosa, ..) che potrebbero essere racchiuse attraverso il linguaggio giuridico in categorie dommatiche. La faccenda non è però così semplice come appare: nella prassi giudiziale si noterà infatti come "la questione bioetica" non può essere ricondotta semplicisticamente ad un *aut- aut*, in quanto incontrerà sempre un momento critico, una paralisi, una impraticabilità logica che non consentirà di sussumere facilmente il caso in una regola.

Il codice dei diritti è formato da norme specifiche che spesso risultano insufficienti nella tutela di situazioni biomediche più o meno complesse,

⁵ P. Zatti, *Maschere del diritto. Volti della Vita*, Giuffrè Editore, Milano 2009, Premessa, p. XII.

entrando talvolta in conflitto e risultando difficili da interpretare e applicare. Il ricorso al linguaggio dei diritti nel campo della bioetica costituisce da un lato sicuramente un linguaggio comune, sia pure generale e astratto, un linguaggio attraverso il quale popoli e culture diverse hanno trovato il modo di dialogare; dall'altro, però, ha dato anche origine a quel fenomeno di proliferazione di diritti che, nel dibattito morale, ha generato più difficoltà che comprensione, creando sempre nuovi diritti che talvolta si ritrovano ad essere tra loro contrapposti. E allora quali sarebbero i pregi del ricorso ad un tale linguaggio? Di sicuro come osserva Viola, attraverso i diritti oltre a portare il dibattito a livello di opinione pubblica, riusciamo ad esprimere "esigenze morali assenti nelle etiche tradizionali"⁶; o ancora perché tramite i diritti riusciamo a costruire un linguaggio comune, con il quale esprimere valori fondamentali per l'esistenza umana. Sarà sufficiente pensare alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del '48 per rendersi conto che è possibile ricorrere ai diritti per dar voce ad istanze fondamentali per l'esistenza umana⁷.

2. L'argomentazione bioetica. Sviluppo e implicazioni

Nella riflessione attenta ai problemi che l'adozione del linguaggio dei diritti comporta nasce l'esigenza di individuare possibili soluzioni. Una di queste potrebbe determinarsi nel passaggio dal linguaggio dei diritti a quello dei principi⁸.

⁶ F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, p.96

⁷ C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L'argomentazione del giudizio bioetico*, cit., p.102

⁸ Negli studi di bioetica, alcuni autori, hanno notato che si è passato da un linguaggio dei doveri a quello dei diritti. Quando parlo di diritti mi riferisco ad un'accezione a-sistematica e a-tecnica, nel senso di un riferimento al campo della medicina. Quando, invece mi riferisco al passaggio dai diritti ai principi intendo questi ultimi come ponte, come tramite tra il momento soggettivo e quello della sfera del dovere.

Una importante testimonianza di questo passaggio è costituita dal *Belmont Report*⁹, il rapporto conclusivo del primo Comitato di Bioetica, che, tra il 1974 e il 1978, ha avuto il compito di fissare i principi etici di base nella sperimentazione su soggetti umani. I principi etici individuati dal Rapporto furono:

- ✓ principio di autonomia o del rispetto per le persone (il dovere di rispettare l'autodeterminazione del paziente),
- ✓ principio della beneficenza (il dovere di fare il bene, di prevenire il danno),
- ✓ principio della giustizia (il dovere di promuovere l'uguaglianza).

A suscitare particolari perplessità è la facilità con cui questi principi si limitano ad essere presentati. La questione viene risolta dal Rapporto con l'enucleazione di questi tre principi, liquidati come un linguaggio etico condiviso dalla tradizione culturale occidentale, senza alcun riferimento ad una eventuale base fondativa degli stessi e in assenza di una possibile modalità applicativa. Ad ovviare a questa manchevolezza ci pensano l'anno successivo Beauchamp e Childress¹⁰ in un'opera che ha tutta l'intenzione di estendere il modello argomentativo basato sui principi dall'area della sperimentazione a tutta l'area biomedica, offrendo una più articolata sistemazione al modello in maniera tale da rinforzare la capacità normativa. Il punto nodale di questo nuovo paradigma, immediatamente definito dalla

⁹ Si tratta del Rapporto conclusivo dei lavori del primo Comitato di Bioetica, la *National Commission for the protection of human subjects on biomedical and behavioural research* che, fu istituita negli Stati Uniti dal Presidente Carter con il mandato di fissare i principi etici di base e le linee guida per la protezione dei soggetti nella ricerca. Deve il suo nome al centro ove fu stilato il documento finale tra il 1974 e il 1978.

¹⁰ L'opera è il frutto della collaborazione tra l'approccio utilitaristico di Beauchamp e quello deontologico di Childress. Essi traevano spunto da un lato, dal pensiero filosofico-morale di J. S. Mill, G. E. Moore e R. B. Brandt (utilitaristi) e dall'altro, da quello di W. D. Ross, W. Frankena e J. Rawls (deontologi). Per avere una visione particolareggiata dei molteplici punti in comune cfr. R. Mordacci, *Una introduzione alle teorie morali. Confronto con la bioetica*, Feltrinelli, Milano 2003, pp.59 e ss.

dottrina, “principalista”, trova fondamento nella considerazione che tutti i principi almeno sul piano teorico sono validi *prima facie*¹¹, pertanto necessitano per poter essere concretamente utilizzati di una “specificazione” che traduca la loro astrattezza nei contesti concreti, per poter poi, attraverso la tecnica della ponderazione¹², capire qual è il principio effettivo e dominante sull’altro.

L’approccio che ne deriva viene presentato come un insieme di principi quali guide generali dell’azione dai quali vengono desunte delle regole (intese come guide specifiche dell’azione) capaci di determinare la decisione.

La distinzione che in questo approccio si opera tra principi e regole non è particolarmente rilevante. Principi e regole sono entrambi generalizzazioni normative che guidano le azioni: le regole, più specifiche nel contenuto, hanno un raggio di azione più ristretto rispetto ai principi che sono guide più generali. Quanto alla derivazione, le fonti dei principi fanno riferimento sia alla morale comune che alla tradizione medica. Funzione della teoria etica, in questo approccio, è di incrementare i contenuti derivati da queste due fonti in maniera tale da: chiarire e interpretare questi contenuti, rendere coerenti le varie istanze, specificare e bilanciare le richieste delle norme coinvolte in una decisione (giudizi particolari).

Ai tre principi iniziali, con quest’opera, se ne aggiunge un altro: quello di non maleficità, esso esprime l’obbligo di non arrecare il danno intenzionalmente.

¹¹ M. Atienza, *El derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona 2006, ora Id., *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, ed. it. (a cura di) A. Abignente, trad. it. di V. Nitrato Izzo, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, p. 229,230,243,248,254.

¹² La ponderazione consiste in una tecnica argomentativa che, secondo Atienza consiste in due passi: “*en el primero-la ponderación en sentido estricto-se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver*”. M. Atienza, J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá 2012, p.26. Per maggiori dettagli cfr. M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., pp.174-182. Di diverso avviso L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1: *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 585, secondo cui “nella maggior parte dei casi [...] i principi si applicano alle loro violazioni senza che intervengano bilanciamenti e neppure, più che in altri giudizi, opzioni soggettive di valore”.

Data questa teoria di chiara matrice etica il problema è capire quello che il soggetto deve fare, trovando una norma effettiva o prevalente. Il metodo proposto per determinare i doveri effettivi consiste nel bilanciamento dei rispettivi principi in conflitto¹³. Il processo di bilanciamento, aggiungono Beauchamp e Childress, sarà giustificato se i giudizi personalmente espressi saranno fondati su *buone ragioni*¹⁴. Questa modalità di azione dovrebbe impedire alla tecnica di bilanciamento di essere inficiata da scelte arbitrarie o meramente soggettive¹⁵. È innegabile che il procedimento non sarà mai meccanico, nel senso che la scelta tra quello che sembra un obbligo *prima facie* ed un obbligo effettivo sarà sempre dettata da un qualcosa che si conforma alla “nostra esperienza morale e al ruolo svolto in essa dall’intuizione e dalla soggettività¹⁶”.

La teoria proposta da Beauchamp e Childress anche se inizialmente pareva avere il vantaggio di un’idea non ideologicamente orientata, perché fondata su principi di diversa tradizione che di volta in volta dovevano essere applicati in modo elastico, è risultata poi fondatrice di un metodo troppo “astratto”, impersonale, che in assenza di un punto solido di riferimento¹⁷ rende possibile di fatto giustificare il tutto e il suo contrario.

¹³ Ancora sulla tecnica del bilanciamento vedi R. Alexy, *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, ed. it. (a cura di) M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998. Per una critica a quella che Alexy chiama la “formula del peso” cfr. M. Atienza, J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, cit., p. 21. Per la teoria del bilanciamento di Guastini si legga la ricostruzione fatta da J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, n.18 del 2002, Il Mulino, Bologna, pp 215 e ss.

¹⁴ M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit.

¹⁵ C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L’argomentazione del giudizio bioetico*. cit., p.21

¹⁶ T. L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, cit., p.15

¹⁷ “La prospettiva di Beauchamp e Childress, nella sua versione più recente viene proposta come una forma di coerentismo morale, che trae ispirazione da due importanti precedenti teorici. Il primo è il pluralismo normativo derivato dai già citati Ross e Frankena: esso pone alla base dell’etica un pluralità di doveri o principi *prima facie*, cioè non assoluti e dotati di un’uguale forza normativa. Il secondo è la nozione di equilibrio riflessivo introdotta da John Rawls e progressivamente adottata dagli autori nel loro schema teorico complessivo”. R. Mordacci, *Una introduzione alle teorie morali. Confronto con la bioetica*, cit., pp. 59 e 60. E ancora il coerentismo, quale teoria della giustificazione morale viene, visto da Beauchamp e Childress “come alternativa al deduttivismo e all’induttivismo. Il coerentismo si fonda su quello che Rawls ha definito equilibrio riflessivo. Per Rawls l’accettazione di una teoria in etica inizia proprio con i nostri giudizi ponderati che sono le convinzioni morali di cui siamo maggiormente sicuri e che riteniamo più lontane dalla parzialità, giudizi nei quali è più probabile che le nostre capacità morali

A questo paradigma seguono due diverse interpretazioni della bioetica orientate verso una prospettiva rispettivamente teleologica e deontologica.

La prima proposta di analisi alla tesi dell'etica tradizionale è da attribuire a Singer¹⁸ per il quale è eticamente plausibile quell'azione che *massimizza il benessere*¹⁹ e *minimizza il malessere* del maggior numero dei soggetti coinvolti in una decisione.

La logica tipica di questo approccio è quella *conseguenzialista*²⁰: non si tratta di azioni in se stesse *intrinsecamente* buone o cattive, al contrario di quanto vedremo sarà affermato dalle etiche deontologiche; la moralità o l'immoralità delle azioni sono pienamente dipendenti dalle loro conseguenze, il cui fine tende alla massimizzazione del benessere.

Di sicuro è questo, oggi, il modello più diffuso e più utilizzato anche, in gran parte dall'opinione pubblica che forse inconsapevolmente tende a seguire questo modo utilitarista, ed in un certo senso finalista²¹, di ragionare.

appaiano senza distorsioni. Ne sono esempi i giudizi sull'ingiustizia delle discriminazioni razziali, dell'intolleranza religiosa". Cfr. C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L'argomentazione del giudizio bioetico*, cit., pp. 21 e 22

¹⁸ P. Singer, *Etica pratica*, trad. it. di G. Ferranti, Liguori Editori, Napoli, 1979

¹⁹ Anche se nelle tradizioni etiche più moderne si preferisce parlare di interessi o preferenze per evitare una eccessiva connotazione edonistica del termine benessere.

²⁰ Sul punto si veda il riferimento di MacCormick alla tecnica dell'argomento consequenzialista. "Tale argomento prende in esame le conseguenze che scaturirebbero dall'istituzione di un precedente di un tipo o dell'altro, almeno nel senso di esaminare le varie decisioni che dovrebbero essere prese in altri casi ipotetici che si potrebbero verificare e che potrebbero rientrare nell'orbita di quel precedente". N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it. (a cura di) A. Schiavello, Giappichelli, Torino 2001, p.126. In realtà l'argomento consequenzialista è una specie di quello che Perelman, nel suo Trattato dell'argomentazione, definisce "argomento pragmatico", che possiamo quindi considerare il genere da cui deriva l'argomento consequenzialista. Nel *Trattato dell'argomentazione*, Perelman definisce "argomento pragmatico" "quello che permette di valutare un atto o un evento in funzione delle sue conseguenze favorevoli o sfavorevoli". Questo argomento ha una funzione talmente essenziale nell'argomentazione che alcuni hanno voluto vedervi lo schema della logica dei giudizi di valore: per apprezzare un evento bisogna partire dai suoi effetti. Cfr. C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. di C. Schick, M. Mayer, E. Barassi, Einaudi, Torino 2001, p. 280 e ss.

²¹ Il ragionamento finalista è definito da Atienza come quel ragionamento ove la premessa fattuale non si riferisce ai fatti del passato, ma a quello che avverrà in futuro. M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid 2013, p. 282. L'argomentazione finalista si basa sull'idea di adeguamento e segue la forma del ragionamento pratico di Aristotele "con la differenza che la prima premessa, quella che assegna l'obiettivo da perseguire, non è un desiderio ma una norma". Cfr. M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., p.170

L'argomentazione consequenzialista, tipica di questo paradigma bioetico, ha la fortuna di apparire *prima facie* come una tecnica razionale, plasmabile, tesa a salvaguardare il maggior bene possibile. Invero, va considerato che, se coerentemente applicato, questo approccio metodologico conduce a conseguenze difficilmente accettabili sul piano etico anche per i consociati. In quest'ottica la possibile risposta di un utilitarista a determinati interrogativi può esserci d'aiuto per spiegare quanto sostenuto. È giusto fare esperimenti nocivi o anche letali su un uomo per salvare le generazioni future? O clonare una persona per ottenere degli organi e così curarne molte altre? O uccidere un innocente per salvarne cento? Ebbene, un utilitarista coerente non può che rispondere in maniera affermativa a tutte queste domande, e laddove il suo senso morale di base non glielo permettesse è costretto ad apportare qualche modifica alla sua teoria.

Nel tentativo di rendere il discorso più stimolante, è possibile indirizzare a questo modello argomentativo due critiche:

- in primo luogo esso è rivolto essenzialmente alla dimensione *quantitativa* delle decisioni etiche piuttosto che alla dimensione *qualitativa*. Tuttavia, nelle nostre decisioni più importanti dobbiamo sempre fare i conti con una dimensione *qualitativa, esistenziale*, che non può ridursi all'aspetto puramente quantitativo. Per esempio, nella drammatica scelta di una donna di addivenire all'aborto, ha senso parlare soltanto in termini di costi o benefici? O non è, forse più ragionevole affidarsi per questa scelta a criteri che trascendano la logica utilitarista?

- In secondo luogo, i soggetti coinvolti nelle decisioni sono soltanto le *persone* intese in senso *riduzionista e funzionalista*, ciò significa che non tutti gli individui sono persone, ma soltanto quelli che manifestano alcune *funzioni*, alcune *caratteristiche* esterne, come l'esercizio della razionalità, dell'autocoscienza, del dominio di sé, del senso morale. In questa ottica, dunque, non vengono presi in considerazione gli "interessi" degli embrioni,

dei bambini, dei malati in stato vegetativo permanente, dei portatori di handicap²².

La seconda proposta metodologica, quella deontologica appunto, è stata elaborata dal filosofo H. Tristram Engelhardt²³. L'autore parte da una descrizione sociologica delle nostre società multiculturali e postmoderne ognuna delle quali avente il proprio credo e i propri riferimenti morali, estranee le une dalle altre per visioni del mondo completamente opposte. Le varie comunità morali, dice Engelhardt, con un'espressione provocatoria divenuta assai celebre, vivono tra loro come "*stranieri morali*"²⁴. "Le società di oggi sono pluralistiche e comprendono comunità caratterizzate da credenze e sentimenti morali diversificati. (...) Stranieri morali sono quegli individui che non hanno in comune premesse morali e norme di dimostrazione e inferenza che consentano loro di risolvere le controversie morali mediante l'argomentazione razionale, e che non possono farlo neppure appellandosi a individui o istituzioni di cui riconoscono l'autorità"²⁵.

Il suo è uno scetticismo di fondo: per la risoluzione di una questione bioetica non è possibile affidarsi ad una *razionalità unica* e universalmente condivisa da tutti gli uomini, piuttosto sarà necessario optare per una bioetica puramente *formale, procedurale*, ove ciascuna comunità seguirà i propri criteri etici, in piena *autonomia*, lasciando che le altre seguano il loro, senza alcuna pretesa di trovare un linguaggio comune.

Questa soluzione se da un certo punto di vista può apparire tollerante per la tenuta in considerazione del profilo multiculturale, tipico del contesto moderno, dall'altro lato si mostra troppo permissiva e di fatto sterile di fronte alla risoluzione di problemi morali.

²² H. T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, trad. it. S. Rini, Il Saggiatore, Milano 1999, pp.127-128.

²³ H. T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit.

²⁴ H. T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit., p. 38.

²⁵ H. T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit., p.38-39

Inoltre, anche nell'approccio di Engelhardt, come per quello utilitarista di Singer, gli unici soggetti che hanno il diritto di scegliere in totale *autonomia* non sono tutti gli esseri umani, ma soltanto le *persone* intese in senso funzionalista. Sul punto non destano alcuna perplessità le parole di Engelhardt che esprimono una delle tesi più controverse e dibattute nella tradizione bioetica contemporanea: "Non tutti gli esseri umani sono persone. Non tutti gli esseri umani sono autocoscienti, razionali e capaci di concepire la possibilità di biasimare e lodare. [...] Tali entità sono membri della specie umana ma non hanno status , in sé e per sé, nella comunità morale".

Il modello principialista è stato di sicuro un modello seguito per molti anni, ma ha iniziato ad essere messo in discussione da un nuovo metodo caratterizzato da una maggiore adesione all'"esperienza". Un esempio ne è senza dubbio l'opera di Toulmin e Jonsen²⁶ che ha spostato l'attenzione dai principi ai casi concreti. L'esigenza, avvertita da questi due autori, di spostare il centro nevralgico dell'attenzione ai casi fu dovuta alla chiara impossibilità per i principi di addivenire ad una adeguata decisione etica, in assenza di un confronto con le molteplici circostanze della vita reale che ne impediscono una collocazione nella pratica.

A tale scopo, Toulmin aveva suggerito di ricorrere ad un metodo basato sull'analisi dei casi perché più vicino alla ragione pratica²⁷, ossia alla concretezza della situazione reale.

In definitiva, doveva trattarsi di un metodo che partisse dai casi reali (*bottom-up*) anziché dal livello astratto delle teorie/principi (*top-down*) nelle situazioni concrete.

La procedura utilizzata comprendeva: l'individuazione della *morfologia* del caso; la determinazione della *tassonomia* del caso, il

²⁶ A. R. Jonsen, S. Toulmin, *The abuse of Casuistry. A history of moral reasoning*, University of California Press, 1989.

²⁷ Così Jonsen e Toulmin: "Il ragionamento morale "pratico" si adatta maggiormente alle strutture dei *topici* o alle argomentazioni tipiche della *retorica*, piuttosto che a quelle formali caratteristiche delle *dimostrazioni geometriche*". In A. R. Jonsen, S. Toulmin, *The abuse of casuistry*, cit., p.326.

confronto del caso *de quo* con altri casi simili per ordinarli a partire da casi paradigmatici; la comprensione della *cinetica* del caso, che consente di descrivere il movimento del giudizio morale tra il caso paradigmatico e i casi analoghi. In altri termini la casistica²⁸, proposta da Toulmin e Jonsen, vuole essere un modello etico-argomentativo capace di rispondere alle richieste di una società pluralistica e che, alla maniera di una giurisprudenza morale, sia in grado di fornire una precisa tassonomia, atta a risolvere specifici problemi etici, fatta di casi paradigmatici e di regole di ragionamento morale basate su valori condivisi. Da un punto di vista epistemologico, la casistica descrive la bioetica come una pratica comunicativa, ove ciascuno a partire dalla propria sensibilità e dalla propria competenza, porta il suo specifico contributo.

Diversamente dal ragionamento teoretico, quindi, il cui prototipo sarebbe offerto dal deduttivismo, in cui da regole universali si deducono giudizi particolari, nel ragionamento pratico, che trova proprio nella medicina il suo modello più significativo, le regole morali sono solo *massime*, che generalizzano casi paradigmatici o tipici²⁹

Jonsen e Toulmin mettono in evidenza il “paradosso teorico”, che si attua nell’azione pratica svolta dal Comitato nazionale di bioetica, consentendo la coesistenza di convergenze sulle scelte morali, a livello pratico, con le divergenze teoriche; essi sostengono, in merito, che proprio questo paradosso si rivela, invece, “il luogo della *certezza* morale³⁰”.

Questo luogo, sostengono, non risiede nella concordanza dei convincimenti sulle regole (autonomia, beneficenza, giustizia) e principi

²⁸ La definizione di casistica data da Jonsen e Toulmin è quella che segue: “La casistica è l’analisi, l’interpretazione delle questioni morali, usando la procedura del ragionamento basato su *paradigmi* e *analogie*, che porta alla formulazione di un’opinione esperta circa l’esistenza e la rigidità di particolari obblighi morali specifici, elaborati in termini di *regole* e o di *massime*, che sono generali ma non universali o invariabili, poiché sono valide con certezza solo nelle condizioni tipiche dell’agente e delle circostanze dell’azione”. A.R. Jonsen, S. Toulmin, *The abuse of Casuistry*, cit., p. 257.

²⁹ A. R. Jonsen, S. Toulmin, *The abuse of Casuistry*, cit, p. 23.

³⁰ A. R. Jonsen, S. Toulmin, *The abuse of Casuistry*, cit., p.16.

generali, ma nella “partecipata percezione di ciò che è specificatamente in gioco nelle forme particolari delle situazioni umane³¹”.

Proprio la differenza tra l’incertezza dei principi generali e la certezza dei giudizi particolari mostrerebbe, secondo gli autori, come esistano due forme di considerazione dell’etica: l’etica come “scienza” e l’etica come “saggezza pratica”. L’etica è trattata come “scienza” quando, quasi in una sorta di “geometria morale”, mediante discussioni teoriche si pretende che essa, allo scopo di rendere più intellegibile delle percezioni etiche particolari con l’appello a norme generali, garantisca una maggiore certezza.

In una tale prospettiva, spetta all’etica fornire una coerente e sistematica valutazione della condotta umana, alla quale le nostre percezioni morali non possono che riferirsi. In fondo, già per Aristotele, ci ricordano gli autori, la comprensione morale ha le caratteristiche tali da non permettere una sistematizzazione scientifica, e ciò a causa delle molteplici situazioni che rendono difficile qualunque tentativo di generalizzazione.

L’etica invece, sostengono Jonsen e Toulmin, non è una scienza in senso stretto, ma un ambito di esperienza in cui è necessario mettere in atto un altro tipo di approccio: quello della saggezza pratica (*phronesis*³²) o *prudenza informata*. Per questo la “lezione” offerta dalla casistica classica, quale strumento per l’esercizio del discernimento morale prudenziale, nel contesto della situazione concretamente considerata, è decisiva e determinante.

³¹ A. R. Jonsen, S. Toulmin, *The abuse of Casuistry*, cit., p.18.

³² Il concetto di *phronesis* (saggezza) trova la sua determinazione precisa nel pensiero di Aristotele. La *phronesis* è la virtù dianoetica della ragion pratica e consiste nel ben deliberare ciò che è bene e male per l’uomo, è la conoscenza pratica che insegna all’uomo il “ben vivere”. La *phronesis* non ha per oggetto solo gli universali (i concetti astratti) ma riguarda le *situazioni particolari*, perché riguarda l’azione pratica concreta e, per Aristotele, deve concretizzarsi in prevalenza sulla *conoscenza dei particolari* (Etica Nicomachea, 27, 1141 b 8 ss). In quanto forma di razionalità specificatamente pratica, la *phronesis* è chiamata pertanto a svolgere un ruolo insostituibile di chiarimento e soluzione di questioni pratiche, anche conflittuali.

L'evoluzione fin qui delineata della bioetica ha delineato una fase di passaggio dai principi all'esperienza piuttosto che alla casistica. Pur condividendo questo approccio metodologico che guarda alla possibilità di una tassonomia dei casi, non mi sentirei di escludere del tutto i principi dal campo dell'argomentazione bioetica. La loro importanza nell'argomentazione bioetica è oltremodo facilmente dimostrabile. "In base a quali criteri determinare una gerarchia capace di indicare le virtù che, in caso di conflitto, sono destinate a prevalere? Che fare nei casi in cui, rifiutando la "tirannia dei principi"³³ e affidandosi alle massime ci si viene a trovare di fronte a massime contraddittorie³⁴?"

Altrettante critiche possono però essere mosse anche ad un'argomentazione bioetica basata solo ed esclusivamente sui principi: "senza un univoco criterio in base a cui decidere quale principio, in caso di conflitto debba prevalere, non c'è il rischio della deriva relativistica³⁵?" Per ovviare a quest'ultima critica pare fondamentale la teoria neoclassica della legge naturale sostenuta da Finnis³⁶. L'argomentazione del giudizio bioetico difesa da questa teoria si basa sull'inviolabilità e indisponibilità della vita umana. In quest'ottica la vita si apprezza come bene fondamentale, ossia un bene dato come immediato scopo della ragione pratica, come ciò che l'uomo normalmente desidera. Proprio perché bene fondamentale, nessuno stato di fatto potrà mai giustificare decisioni che intenzionalmente e consapevolmente producano la soppressione della vita umana. Quando è in gioco il bene-vita, si tratta di un valore assoluto che non può essere bilanciato con altri. Se si segue questo approccio, forse, in una qualche maniera si potrà superare l'accusa di relativismo normativo. Tuttavia anche questa posizione critica incontra i suoi limiti. Se è vero che il valore vita è un bene fondamentale come stabilire cosa è giusto fare quando ad entrare in

³³ S. Toulmin, *The tyranny of Principles*, in *The Hastings Center Report*, 1981, 6, pp. 31-39.

³⁴ C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L'argomentazione del giudizio bioetico*. cit., p.34.

³⁵ C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L'argomentazione del giudizio bioetico*. cit., p.34.

³⁶ J. M. Finnis, *Natural law and natural Rights*, trad it, (a cura di) F. Viola, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, 1996, p.34.

conflitto sono due beni incommensurabili e pertanto fondamentali? Uno degli autori che si è distinto a livello europeo in materia di bioetica è Gracia. Il suo scopo è stato quello di rielaborare il modello principlialistico per una sua possibile integrazione con la “casistica”. I principi e l’esperienza non sono due cose separate ma costituiscono due momenti attraverso cui la razionalità pratica elabora il giudizio etico. I principi vengono studiati da Gracia, nel loro costituirsi storico in riferimento alle componenti che strutturano l’atto medico e sono assunti con un particolare statuto che ha grande rilevanza ai fini della loro portata normativa. I principi vengono trattati come degli schemi incompiuti costruiti dalla ragione pratica a partire da un sistema di riferimento che funziona da canone: il rispetto dell’uomo in quanto persona, il diritto di ognuno all’uguale rispetto e considerazione. Il tratto distintivo dei principi come un qualcosa che non riesce mai ad esprimere compiutamente il sistema etico di riferimento obbliga nella valutazione morale ad andare oltre l’approccio deontologico (adesione ai principi), includendo come momento altrettanto fondativo l’orientamento teleologico (e cioè la valutazione delle conseguenze – esperienza). “Sono queste le condizioni in base alle quali Gracia propone di integrare l’istanza universale orientata all’inclusione di tutti gli uomini all’interno della “comunità ideale di comunicazione” tipica di una fondazione dell’etica che va da Kant ad Habermas, con l’istanza particolare orientata al compimento di *tutto* l’uomo (alla felicità, in termini aristotelici) tipica di una fondazione finalistica dell’etica³⁷”.

Per Gracia i quattro principi della bioetica vanno distinti in due livelli: in un primo livello quello dell’etica dei minimi³⁸ rientrano il principio di non maleficenza e il principio di giustizie; mentre nel secondo livello,

³⁷ C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L’argomentazione del giudizio bioetico*. cit., p.37.

³⁸ La bioetica dei massimi “*no reconoce la distinción entre ética privada y ética pública [...]*”, al contrario la bioetica dei minimi “*hace referencia a las propuestas que pretende basar la bioética en el mínimo ético exigible, o, si se quiere, es la que está vinculada a una teoría de la justicia para el ámbito público*”. P. de Lora, M. Gascón, *Bioética. Principios desafíos debates*, Alianza Editorial, Madrid 2008, p.38.

quello dell'etica dei massimi rientrano il principio di autonomia e di beneficenza. Si tratta di due etiche distinte, una è l'etica del dovere che si fonda sul corretto (o non corretto) e l'altra è l'etica della felicità che si costruisce sulle categorie del bene (o del male). Il primo livello corrisponderebbe al diritto, mentre il secondo sarebbe afferente alla morale.

Tutte le proposte esaminate, alternative o integrative alla teoria principialista di Beauchamp e Childress si mostrano insufficienti nella costruzione di una teoria bioetica adeguata. Atienza³⁹ è stato di sicuro uno di quegli autori che, a tal proposito, ha offerto degli spunti critici o quantomeno di riflessione.

Al modello di Toulmin e Jonsen rimprovera l'insufficienza del ricorso alla casistica (alla topica, alle massime di esperienza) nell'elaborazione di criteri oggettivi di risoluzione di conflitti; nonché l'eccessivo confidare nella saggezza pratica (quella che Aristotele definisce *fronesis*) come criterio risolutivo dei conflitti.

Nel riferirsi al modello proposto da Gracia, Atienza pur condividendone l'idea, la reputa manchevole di giustificazione. In particolare, nel reputare pacifica la subordinazione delle ragioni utilitaristiche (quelle che si riferiscono al raggiungimento della felicità) alle ragioni di correttezza ritiene meno chiara la loro giustificazione. Il problema di fondo, dice Atienza, è che la distinzione tra i due livelli avrebbe due conseguenze inaccettabili: la prima implicherebbe la prevalenza del principio di non maleficenza su quello di beneficenza ciò significherebbe che causare un danno ad una persona sia moralmente peggiore del non farle un bene (es. uccidere sarebbe peggiore che lasciar morir); la seconda conseguenza è cioè che il diritto sarebbe vincolato a quello che Gracia definisce primo livello non scaturisce dal considerare il diritto come un minimo etico. Per Atienza ovviamente quest'ultima

³⁹ M. Atienza, *Bioética, derecho y argumentación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2010, pp. 47 e ss..

conseguenza non è condivisibile sulla base del fatto che viviamo in uno Stato sociale democratico che proclama valori costituzionali quali il benessere e l'autonomia degli individui. In sintesi il diritto per Atienza non può farsi rientrare solo nel primo livello, in quanto il diritto è “minimo etico” solo se vi rientra anche il secondo livello e cioè la morale⁴⁰.

3. I conflitti giuridici in materia di bioetica: dilemmi o problemi?

Nell'intento di circoscrivere la disamina del dibattito dell'argomentazione nel giudizio bioetico è doverosa una chiarificazione sulla qualificazione di ciò che si suole definire “conflitto bioetico”. I conflitti giuridici in materia di bioetica rientrano nella categoria dei “dilemmi o dei “problemi”⁴¹? È davvero, possibile distinguere tra queste due categorie o piuttosto il dilemma non è altro che un tipo di problema? Per dare una risposta adeguata all'interrogativo è necessario chiarire il significato concettuale di ciò che intendiamo per dilemma e per problema.

L'approccio dilemmatico⁴² ad una questione etica comporta la possibilità di scegliere tra diverse possibilità, generalmente due. L'approccio problematico, invece, pone più l'accento sul procedimento che sul risultato anche in considerazione del fatto che le questioni bioetiche non paiono avere sempre una soluzione e nemmeno che essa sia unica per tutti i casi. Il dilemma presuppone una divisione tra coloro che la pensano in un modo e coloro che la pensano nel modo contrario; ci si divide come in un'arena tra favorevoli e contrari, non esiste una terza soluzione. Il vocabolo dilemma viene dal greco *dis*, che vuol dire due e *lemma*, che significa premessa; dunque si tratta di due premesse opposte. Si tratta,

⁴⁰ M. Atienza, *Bioetica derecho y argumentación*, cit., p. 50.

⁴¹ C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L'argomentazione del giudizio bioetico*, cit., p.56.

⁴² “(...) per dilemma morale s'intende qualsiasi situazione nella quale un agente debba scegliere fra due azioni che (a) si escludono a vicenda (non si può fare sia l'una sia l'altra) e (b) delle quali una non sia chiaramente preferibile all'altra”. M. Barberis, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp.183 -184.

pertanto, l'esistenza di due proposizioni opposte e disgiuntive, tali per cui la scelta dell'una ci porta ad eliminare l'altra.

Al contrario l'etimologia della parola problema deriva dal greco *proballo*, che significa gettare in avanti. Il problema sta sempre davanti a noi e pretende da noi una risposta; ciò non implica che sia sempre possibile offrire una soluzione al conflitto, né che bisogna scegliere solo tra due soluzioni e nemmeno che la soluzione razionale sia una e la stessa per tutti. La soluzione non è presente fin dall'inizio e non sta in una scelta tra due poli, piuttosto nella ricerca di una risposta adeguata.

Possiamo quindi dire che i conflitti giuridici in materia di bioetica sono notoriamente affrontati seguendo un approccio di tipo dilemmatico nel senso di ridurre la questione etica a due proposizioni opposte e disgiuntive. In questa prospettiva il mio intento è quello di sottolineare l'insufficienza descrittiva di questo approccio, sostenendo l'esigenza di costruire un'analisi più attenta alle singole fattispecie che non si riduca ad un *aut aut* tipico di un paradigma dilemmatico, ma che possa di volta in volta mettere in rilievo il più possibile gli aspetti particolari di ogni questione. Questo approccio più genericamente "problematico" pone l'accento sul procedimento piuttosto che sul risultato anche in considerazione del fatto che i problemi sono questioni aperte che non sappiamo se saremo capaci di risolvere, né come. Se dunque una soluzione può esserci, questa non si ridurrà ad una scelta tra due estremi, piuttosto nella ricerca di una migliore risposta possibile. Non c'è dunque una risposta corretta, o meglio certa, lo stesso Aristotele poneva, a base del suo ragionamento di filosofia pratica, gli *endoxa*⁴³, le opinioni. L'opinione è incerta ma non irrazionale, si tratta di un

⁴³ Vi sarebbe la possibilità di utilizzare gli *endoxa* aristotelici quali premesse largamente condivise per spiegare l'argomentazione del giudizio bioetico. Un esempio può essere costituito dai diritti umani sui quali vi è un consenso largamente condiviso. Cfr. Aristotele, *Retorica e poetica*, (a cura di) M. Zanatta, Utet, Torino 2004, p. 23 e anche L. Vega Reñón, *Aristotle's Endoxa and Plausible Argumentation*, in *Argumentation* 12: 95–113, Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 1998. E ancora sulla possibilità di intendere gli *endoxa* come luoghi comuni Cfr. L. Vega Reñón, *Si de argumentar se trata*, Edición propiedad de Ediciones de Intervención Cultural, España 2007, p.173.

certo tipo di uso della ragione ove è possibile il disaccordo, la coesistenza cioè di opinioni diverse. Le questioni morali non sono matematiche o deduttive, ma opinabili. La conoscenza delle nostre responsabilità morali è quindi problematica. L'uso corretto della ragione nel campo dell'etica ci porta a prendere decisioni incerte, ma probabili e ragionevoli. "Il campo dell'argomentazione è quello del verosimile, del probabile, nella misura in cui quest'ultimo sfugge alle misure del calcolo⁴⁴".

Una soluzione al problema morale può risiedere quindi nell'applicazione del metodo di argomentazione razionale alla morale, ciò significa costruire un sistema coerente e convincente lungi dal raggiungimento di una verità, perché una verità in morale non esiste. Un'argomentazione convincente è un'argomentazione che si ritiene possa ottenere l'adesione di qualunque essere ragionevole, e non soltanto di un uditorio particolare. Ciascun individuo avrà infatti le proprie idee, i propri valori e le proprie convinzioni ma l'elemento che le accumuna è il loro essere ragionevoli⁴⁵.

Il cammino da seguire per realizzare giudizi ragionevoli è per Gracia la deliberazione.

Le teorie principialiste di Beauchamp e Childress e quella casistica di Toulmin e Jonsen, che ho precedentemente analizzato, paiono, secondo Gracia, maggiormente vicine ad un approccio dilemmatico alle questioni bioetiche e perciò insufficienti e incomplete.

Nella procedura di deliberazione, tipica di un approccio problematico, il ragionamento non è la conseguenza di un procedimento di quantificazione dei possibili risultati come avviene nella teoria della scelta razionale piuttosto di argomentazione. La quantificazione aspira a risolvere la questione in modo del tutto razionale; la deliberazione, invece, aspira solo ad essere ragionevole e pertanto ha un carattere più aperto. Per Searle

⁴⁴ C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione*, cit., p.3.

⁴⁵ C. Lalli, *Dilemmi della bioetica*, Liguori Editore, Napoli 2007, p.10.

il modello classico della razionalità è incapace di analizzare correttamente le “ragioni per l’azione⁴⁶” che è invece necessario fondare sul concetto di deliberazione.

L’obiettivo dunque quando si parla di giudizio bioetico non è più il risultato che si intende raggiungere ma il metodo che si vuole utilizzare. E l’unico metodo che a me pare utilizzabile per la risoluzione di problemi bioetici è l’argomentazione giuridica.

4. Giuridificare e/o giustificare la bioetica.

Quando parliamo di regole e principi in ambito bioetico il punto sul quale si generano le difficoltà più importanti è sicuramente quello in cui prendiamo in considerazione la funzione regolativa di legittimazione piuttosto che la funzione argomentativa e giustificativa. Di sicuro, quando ci troviamo dinnanzi ai casi cd. facili sarà alternativamente semplice trovare la norma che disciplini quel caso oppure ricorrere ai quattro principi della bioetica (autonomia, beneficenza, non maleficenza, giustizia) che risulteranno risolutivi dello stesso. Il problema sorge quando dobbiamo risolvere un caso difficile⁴⁷, un caso cioè per il quale o vi sarà una lacuna normativa o assiologia, o ancora come dice bene Atienza, non sarà sufficiente far riferimento ad uno dei quattro principi della bioetica. Un esempio potrà chiarire la discrepanza. Il principio di autonomia, come abbiamo già avuto modo di constatare, esprime la possibilità di ciascun individuo di scegliere consapevolmente ciò che ritiene più giusto per la sua vita. Ciò significa che in un caso facile il paziente e non il medico sarà

⁴⁶ M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., p.226.

⁴⁷ Atienza ci ricorda che un caso può dirsi difficile per diverse ragioni, essenzialmente quattro: “*no existe una norma jurídica válida que se aplique al caso; la norma existe, pero su interpretación, en relation con el caso, ofrece problemas; no está claro que se hayan producido los hechos que configurarían el supuesto previsto en la norma; los hechos sí que se han producido, pero su calificación jurídica resulta controvertida*”. M. Atienza, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993 p.149.

libero di decidere ciò che ritiene migliore per la sua salute; se però, ci troviamo in un caso in cui, il paziente si trova in un stato comatoso o di particolare incoscienza chi potrà o dovrà prendere una decisione senza violare il principio di autonomia⁴⁸?

La soluzione che propone Atienza è di fare in modo che questi principi stabiliscano quello che si può o si deve fare, date certe circostanze particolari che però non è possibile stabilire prima con esattezza. Il principio di autonomia non verrà violato, ma semplicemente dovrà contenere la possibilità per il paziente di scegliere liberamente quello che più reputerà giusto per la propria salute sempre che si trovi nella condizione per farlo. Questa conseguenza è inevitabile altrimenti saremo disposti ad accettare la possibilità da parte di un altro soggetto di prendere una decisione per noi. Leggere la bioetica solo ed esclusivamente utilizzando il linguaggio dei principi, continua Atienza, non sempre si dimostra sufficiente, questo almeno per due ragioni. Innanzitutto, perché è ragionevole pensare che possono esistere altre circostanze che non sono state valutate e che portano alla formulazione di nuovi principi, ma anche perché se pure conoscessimo tutte le possibili circostanze queste andrebbero concretizzate sotto forma di regole. Ecco perché si pone il problema di un passaggio dai principi alle regole: quello che propone Atienza è la possibilità di costruire, a partire dai quattro principi basilari della bioetica un insieme di linee guida (regole) specifiche che risultino coerenti con essi. L'unica funzione delle regole è quella di specificare i principi concretizzandoli.

Se trasferiamo quanto fin ora detto al campo del diritto, avremo che due sono le possibili soluzioni da seguire: o si opta per la strada legislativa o per il cammino giudiziale.

Ci si domanda se alcune materie debbano essere, o debbano continuare ad essere, “giuridificate” o non debbano invece essere affidate a

⁴⁸ M. Atienza, *Bioética, derecho y argumentación*, cit., p.68 e ss.

sistemi diversi di regolazione (si pensi ai Comitati di bioetica piuttosto che all'intervento dei giudici).

Per Atienza la strada da intraprendere quando si parla di bioetica è sicuramente quella giudiziale, anzi dovrebbe essere quella a cui ricorrere con maggiore frequenza. A percorrere questa strada non devono essere però i giudici, ma i Comitati Nazionali di Bioetica, a loro dovrebbe essere affidato il compito di Tribunali di seconda istanza e non nel senso che abbiano il potere di revocare una decisione precedente, ma semplicemente di orientamento verso una più adeguata soluzione. I Comitati dovrebbero utilizzare il metodo della ponderazione dei principi come modello di razionalità pratica ove i criteri e le regole saranno seguiti nella misura in cui risulteranno convincenti. Le diverse soluzioni scelte dai Comitati, adeguatamente motivate e pubblicate, andranno così a formare una specie di giurisprudenza che consentirà di applicare ad un caso analogo la medesima soluzione al fine di giustificare la loro coerenza e razionalità.

A ben guardare il modello proposto da Atienza costituisce un'efficace sintesi dei modelli precedentemente analizzati e da lui stesso criticati di Toulmin/Jonsen per quel che concerne la creazione di una giurisprudenza casistica e di Gracia quale fonte di autorità a cui attingere per fondare le decisioni.

Da questo punto di vista, la mia posizione è molto vicina a quella di Atienza quantomeno per quel che concerne il metodo da seguire, anche se non vedo la necessità di trasferire il ruolo a soggetti diversi dai giudici, ai quali può essere affidato il compito di concretizzazione dei principi.

D'altra parte non bisogna dimenticare che l'insistenza sul fatto che una regola giuridica vi sia, risponde spesso ad un bisogno di rimozione di paure collettive o a una domanda di legittimazione. Il divieto giuridico può facilitare l'accettazione sociale di ricerche o scoperte implicando la piena legittimazione di tutto ciò che vietato non è.

Il modello di un diritto in cui sono le leggi a farla da padrone costituisce innegabilmente uno strumento “mediante il quale dare certezze agli operatori e garanzie ai destinatari degli interventi, nonché porre al riparo dal rischio che la pratica e la ricerca biomediche non solo si svolgano senza una chiara definizione dei ruoli e delle responsabilità spettanti ai soggetti coinvolti, ma rimangano anche affidate a logiche di potere e di profitto⁴⁹”.

Giuridificare la vita rischia però di condurla nei meandri di uno schema argomentativo, significa darle una forma condizionando le scelte di una esistenza. “Il diritto appare così stretto tra liberazione e costrizione, prigioniero anche di schemi che ne negano la complessità, con ripulse e accettazioni non sempre motivate⁵⁰”. Il diritto, come limite ma anche come potere legittimante, si trova a dover fare i conti con le sfumature della vita che corre inesorabile grazie al progresso scientifico. Deve allora, il diritto quasi irragionevolmente allontanarsi, fare un passo indietro rispetto alla vita per poterla regolare?

Ci troviamo a dover fare i conti con un panorama binario caratterizzato da un diritto giurisprudenziale che si mostra più elastico nel “tener dietro alla continua evoluzione degli scenari prodotti dagli inarrestabili e rapidissimi progressi della scienza, nonché il fatto di rappresentare una sorta di strada obbligata, in presenza di quadri politici che sembrano rendere impossibile, ancor più che difficile, il raggiungimento di posizioni condivise destinate ad essere tradotte in un testo di legge⁵¹”; e da una strada legislativa che potrebbe definirsi più rigida ma portatrice di una

⁴⁹P. Borsellino, *Bioetica e filosofia del diritto: un incontro opportuno, anzi necessario*. In L'identità plurale della Filosofia del diritto. Atti del 24. Congresso della Società italiana di filosofia del diritto. Torino, 2009, 16-18 settembre 2008 (pp.283-302). Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

⁵⁰S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006, p.11.

⁵¹P. Borsellino, *Bioetica e filosofia del diritto: un incontro opportuno, anzi necessario*, cit.

certezza giuridica⁵² contro ogni arbitrio. Se questo, dunque, è lo scenario in cui ci troviamo ad operare è indubbio chiedersi se nell'approccio alle questioni bioetiche, vi sia tra le due strade effettivamente una loro possibile integrazione futura piuttosto che una alternativa metodologica⁵³. L'alternatività metodologica trova riscontro nella prassi giudiziale italiana e internazionale ne sono un esempio le numerose decisioni giudiziarie che hanno dato l'avvio ad una produzione di nuovi diritti. Certo l'alternatività non implica esclusione del testo normativo che deve comunque essere considerata come base regolativa o come limite ad una eccessiva discrezionalità.

La scelta legislativa appare però inadeguata quando si tratta di compiere scelte irreversibili, o reversibili, sarebbe troppo riduttivo e comunque non meno creatrice di problemi il richiamarsi sempre e solo a norme giuridiche. In campo bioetico si è talvolta parlato di “dimissioni del diritto⁵⁴” un diritto o forse meglio una disciplina legislativa spesso assente, manchevole o se presente addirittura contraddittoria⁵⁵.

Il diritto, che non è soltanto una tecnica di regolamentazione dei fatti, ma anche uno strumento di giudizio e di soluzione dei conflitti dotato di un sistema di norme è di conseguenza coinvolto e sollecitato a intervenire attraverso la legge, al fine di rendere operativa nella vita sociale, magari in maniera simbolica, una gerarchia di valori nel nome dei quali la scienza possa essere governata.

⁵²“Il giuspositivismo ha inteso la certezza come una combinazione di prevedibilità e controllabilità” in S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Catanzaro 2002, p.114.

⁵³ Sul punto Patrizia Borsellino ritiene che sia “ragionevole guardare alla legge e alla giurisprudenza come a due strumenti destinati, anche nel futuro, ad integrarsi, piuttosto che ostinarsi a considerarli due strumenti alternativi”. P. Borsellino, *Bioetica e filosofia del diritto: un incontro opportuno, anzi necessario*, cit.

⁵⁴ (a cura di) S. Rodotà, *Questioni di bioetica*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1993, p.329

⁵⁵ Si pensi alla legge italiana sulla fecondazione assistita la n. 40 del 2004. <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>

Oggi, proprio a causa di una “dimissione del diritto”⁵⁶ assistiamo sempre più ad una forte esigenza da parte della giurisprudenza di sopperire ai vuoti legislativi. Il mio progetto di tesi vuole proprio partendo da casi concreti, recuperati dalla giurisprudenza non solo italiana ma anche europea piuttosto che americana, dimostrare il ruolo giustificativo sempre più predominante della pratica giuridica.

Nell’era della globalizzazione assistiamo alla perdita della prerogativa di creazione del diritto propria del Legislatore⁵⁷. I diritti diventano deboli, “diritti senza terra”⁵⁸ svuotati del loro significato perché vittime di una politica che li lascia “dolcemente” naufragare. L’origine del naufragio può forse rintracciarsi in un’assenza costante di dialogo tra politica e cultura, che finisce per individuare necessariamente nella magistratura una funzione di riconoscimento di nuovi diritti.

Il diritto al di là delle regole include anche i principi la cui concretizzazione proviene di fatto anche dai giudici. Pensiamo per un attimo a come sarebbe il mondo del diritto se il legislatore fosse chiamato a rincorrere il progresso scientifico piuttosto che le delicate tematiche bioetiche, con il solo fine di costruire di volta in volta una legge *ad hoc* che legittimi una data questione. Esiste una Costituzione contenitrice di principi fondamentali che da soli - e la prassi giurisprudenziale più volte lo ha dimostrato (vedi il caso Englaro⁵⁹) - sono sufficienti per la risoluzione di un caso concreto. L’assenza di un confronto fecondo tra politica, cultura e operatori del diritto ha determinato non solo un *deficit* normativo, ma anche l’emergere di conflitti tra principi talvolta impossibili da bilanciare. Il

⁵⁶ Sul concetto di “dimissioni del diritto” si veda (a cura di) S. Rodotà, *Questioni di bioetica*, cit., p. 329.

⁵⁷ N. Irti, *L’età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 38 e 96. Cfr. anche S. Cassese, *Lo spazio giuridico internazionale*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 10-17.

⁵⁸ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p.3.

⁵⁹ I giudici di legittimità sono riusciti a *ius dicere* sulla vicenda Englaro anche se una legge sulla eutanasia non esiste, proprio perché hanno dato attuazione al principio di autodeterminazione disciplinato nella nostra Costituzione (Cass n. 21748 del 16 ottobre 2007, estensore Dott. A. Giusti).

diritto diviene orfano di terreni⁶⁰ in cui affondare le proprie radici e per questo pare perdere quella certezza propria di un oggettualismo giuspositivista.

Il ruolo del giudice, dunque, si fa preminente ed irrinunciabile, il suo *ius dicere*, anche in considerazione del divieto del *non liquet*, non lascia spazio ad un non decidere.

L'attività interpretativa del giudice è attività creativa che non si riduce, però, a decisionismo più radicale. Il lavoro del giudice non deve, cioè, sfociare nell'arbitrio più totale. Il giudice crea diritto sempre nel rispetto dei limiti imposti dalla comunità normativa in cui vive ed opera e a cui appartengono i destinatari della sua decisione.

Una giustificazione di quanto detto è chiaramente rinvenibile nelle attente argomentazioni di alcune pronunce giurisprudenziali italiane ed internazionali che testimoniano l'apertura della giurisprudenza verso la fondazione di nuovi diritti⁶¹. L'analisi dei "casi pratici", si ritiene faciliti i processi di identificazione, avvicinando i problemi morali alla nostra esperienza quotidiana. Usare un caso realmente accaduto, per spiegarne le dinamiche, ha il vantaggio di costituire un punto di partenza comprensibile da tutti e di rendere più concrete le domande a cui dobbiamo rispondere⁶².

⁶⁰ Così Rodotà: "diritti senza terra vagano nel mondo globale alla ricerca di un costituzionalismo anch'esso globale che offra loro ancoraggio e garanzia. Orfani di un territorio che dava loro radici e affidava alla sovranità nazionale la loro concreta tutela, sembrano ora dissolversi in un mondo senza confini dove sono all'opera poteri che appaiono non controllabili (...). È questo il mondo nuovo dei diritti. Un mondo non pacificato, ma ininterrottamente percorso da conflitti e contraddizioni, da negazioni spesso assai più forti dei riconoscimenti" Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 3.

⁶¹ Mi sia consentito citare un mio articolo. G. Conza, *Prassi argomentativa del giudice di legittimità. Un'analisi sull'uso dell'argomentazione in funzione giustificativa o creativa*, in i-lex, 18, 2013, pp. 133 - 159, www.i-lex.it

⁶² L'idea di spiegare i problemi analizzando i casi giudiziari nasce dalla lettura di MacCormick: una tecnica generalmente utilizzata dall'autore nei suoi scritti e che costituisce sicuramente uno dei pregi maggiori della sua opera. Cfr. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., p. 227 e ss..

SECONDA PARTE

1. Diritto a nascere sano

1.1 Analisi del caso. (Corte di Cassazione 11 maggio 2009 n.10741, Rel. Spagna Musso⁶³)

1.1.a Fatto

Una donna che non riusciva ad avere figli si sottoponeva ad una terapia farmacologica. Il medico a cui la donna si rivolse decise di somministrarle un farmaco, il Clomid, allo scopo di stimolarne l'ovulazione. La terapia farmacologica risolse l'infertilità, ma provocò la nascita di un bambino con gravissime malformazioni. I genitori agivano così in giudizio in proprio e quali rappresentanti legali del figlio minore per sentire condannare il Centro medico, il Professore ed il suo staff al risarcimento del danno per non averli informati circa i rischi (i possibili effetti teratogeni) connessi all'assunzione del suddetto farmaco.

1.1.b Iter processuale

I genitori agiscono in giudizio in proprio e quali rappresentanti legali del minore convenendo in giudizio dinanzi al

Tribunale di Napoli

⁶³ L'importanza della comparazione tra diritto italiano e diritto internazionale si evince anche dalla risonanza che ha avuto questa pronuncia, tanto da essere oggetto del dibattito giuridico cileno. Sul punto si veda R. Míguez Núñez, *Jurisprudencia extranjera comentada. Responsabilidad civil médica*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.17, dicembre 2011, pp.227-238.

- l'azienda sanitaria (Centro W) in persona di X,
- nonché i due medici A e C per sentirli dichiarare responsabili dei fatti con condanna al risarcimento di tutti i danni patiti.

Si costituiva il Centro W deducendo:

- di non avere responsabilità contrattuale o extra contrattuale nei confronti della signora perché si era affidata alle cure dei due medici e non aveva partorito nel centro;
- e che inoltre, in detto centro era stata visitata solo in alcune occasioni da uno dei medici al quale era permesso ricevere pazienti nella sola giornata del sabato usando ricettari suoi personali.

Si costituivano i due medici deducendo:

- di essere meri esecutori delle direttive del Centro e del tutto privi di autonomia terapeutica; che la signora non aveva avuto problemi di annidamento bensì di ovulazione (con conseguente prescrizione del Clomid, sospeso dopo l'inizio della gravidanza);
- che sia il Clomid che il Progesteronum non avevano natura teratogena e che comunque le denunziate malformazioni non potevano essere accertate mediante ecografia prima del quinto mese di gravidanza.

A seguito di espletamento consulenze medico-legali, prove testimoniali e documentali il Tribunale con sentenza dichiarava:

- la responsabilità esclusiva del Centro condannandolo al pagamento in favore dei genitori quali rappresentanti del figlio della somma di lire 2.152.400.000, nonché in favore della signora in proprio della somma di 78.037.000 e del signore in proprio della somma di 41.508.000.

- rigettava la domanda nei confronti dei due medici e dichiarava compensate le spese di lite fra questi ultimi e gli attori.

Proponeva

Appello

il Centro W e contestava:

- che vi fosse prova della prescrizione alla signora di due cicli di Clomid, come ritenuto dal Tribunale, e deduceva che l'unica prescrizione di tale farmaco risultava in data antecedente a quella erroneamente ritenuta dal Tribunale (per cui la relativa assunzione era avvenuta in epoca lontana dalla gravidanza);
- che non era necessario in proposito richiedere alcun consenso informato;
- che il Clomid era privo di effetti teratogeni;
- che veniva prescritto in epoca in cui non vi era gravidanza e pertanto non era possibile prevedere eventuali malformazioni del feto, e cmq eventualmente rilevabili in epoca in cui non sarebbe stato più possibile ricorrere all'aborto eugenetico;
- censurava la mancata declaratoria di responsabilità dei due dottori e il tasso degli interessi compensativi oltre la condanna alle spese di lite.

Si costituivano i due dottori contestando:

- la natura teratogena del Clomid ribadendo che le malformazioni non potevano essere rilevate in tempo utile per praticare un aborto terapeutico:

Il solo medico (accusato di aver prescritto il Clomid) eccepiva:

- la prescrizione quinquennale del diritto degli attori nei suoi confronti e l'assenza da parte sua della facoltà di prescrivere, autonomamente, terapie nel Centro.

Si costituivano altresì i coniugi in proprio e quali rappresentanti, proponendo a loro volta appello incidentale, con il quale chiedevano dichiararsi:

- anche la responsabilità dei due medici censurando la liquidazione dei danni per come effettuata dal giudice di primo grado.

La Corte d'Appello di Napoli, previa sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza per le somme eccedenti l'importo di lire 500.000.000 con sentenza così statuiva:

in parziale accoglimento dell'appello principale, nonché dell'appello incidentale dei coniugi (...), dichiara anche il dott. C.D. responsabile dei danni subiti dai predetti coniugi e dal loro figlio F. e lo condanna, in solido con il dott. A.V., al pagamento, in favore dei coniugi P.-V. in proprio e nella qualità, delle somme già liquidate dal Tribunale a titolo di danni, con detrazione degli importi già ricevuti dai danneggiati, nonché alla rifusione delle spese di lite di primo grado già liquidate in favore degli attori

Avverso detta pronuncia propone

ricorso, con atto notificato in data 3-2-2005, il **dottor A** con tre motivi; **resistono** con autonomo controricorso i genitori nonché il dottor **C.**, **che, a sua volta, propone ricorso incidentale** con cinque motivi cui **resiste il Centro W con controricorso.**

Propone ricorso altresì il dottor **C.** sempre con cinque motivi del tutto analoghi a quelli contenuti nel ricorso incidentale;

in relazione a detto ricorso del dottor C., **resistono** con autonomo controricorso sia il Centro W, sia i coniugi P.-V., sia in proprio il figlio P.F. (nelle more divenuto maggiorenne).

Infine, il dottor C. ha depositato nota di replica al P.G. in udienza.

Ricorso Corte di Cassazione

Ricorso principale (3 motivi) dottor A:

1 motivo: violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 20143, 1223 e 2056 c.c. nonché dei principi in materia di rapporto di causalità; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

Si censurano due profili argomentativi relativamente alla condanna al risarcimento del danno:

- violazione dell'obbligo informativo nei confronti della signora;
- l'assunzione da parte della signora di clomifene, causa delle malformazioni del figlio.

I medici hanno adempiuto l'obbligazione di curare perché non hanno prescritto un farmaco erraneo, ma il farmaco atto a curare l'infertilità della donna. Con la somministrazione del Clomid la signora è incorsa in gravidanza. (nesso di causalità)

I medici non hanno prescritto un farmaco erraneo, e dunque, sotto questo riguardo, non sono responsabili né verso i genitori né verso il minore.

Sul punto la Cassazione ritiene: che la Corte d'Appello abbia legittimamente ritenuto responsabile il medico non solo per aver violato il dovere informativo, ma anche per aver prescritto un farmaco la cui potenzialità dannosa per il feto non poteva essere sconosciuta ai medici data la casistica offerta dalla consulenza tecnica d'ufficio.

Sull'assenza di responsabilità verso il figlio la Cassazione ritiene infondato quanto ribadito nel ricorso proposto dal dottor A. e cioè che la violazione del dovere informativo possa dar luogo al risarcimento dei danni anche nei confronti del nascituro, in quanto non sussisterebbe in questo caso alcun nesso di causalità con le malformazioni del bambino. Continua il dottor A. nel suo ricorso: *“Altro è non informare, non trasmettere atti conoscitivi che consentirebbero una scelta consapevole; altro sarebbe determinare un danno fisico ad un soggetto diverso dalle parti negoziali”*.

2 motivo: *si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 191 e ss cpc, e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.*

I genitori non avrebbero fornito alcuna prova in merito alla somministrazione del Clomid in due cicli uno precedente alla gravidanza e uno più prossimo.

3 motivo: *violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 32 Cost., 5 cc, nonché dei principi della legge n.194/1978 e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.*

La sentenza d'appello riconosce al minore un risarcimento del danno in base a quale titolo? Non può essere ricondotto né all'inadempimento del consenso informato, né alla violazione di un diritto a non nascere.

La tesi sostenuta dal medico A. non può essere condivisa dalla Corte ritiene, infatti, la Corte che, limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro, e, in via consequenziale, il nesso di causalità tra il comportamento dei medici (di omessa informazione e di prescrizione dei farmaci dannosi) e le malformazioni dello stesso nascituro che, con la nascita, acquista l'ulteriore diritto patrimoniale al risarcimento.

L'asserzione della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative: l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione di cd. principi di decodificazione e depatrimonializzazione e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della cd. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto.

È indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini stanche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel Code Napoleon la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla cd. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti (civilistiche) ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione, intendendosi la prima come il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti, e la seconda nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32). In tale assetto ordinamentale l'apporto della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di "nomofilachia"

(vale a dire di indirizzo ai fini di un'uniforme interpretazione delle norme) della Corte di Cassazione, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di civil law e, quindi, non basato su soli principi generati come avviene nei paesi di common law (Inghilterra, Stati Uniti ed altri), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generali, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi.

In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della Interessenjurisprudenz (cd. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla Begriffsjurisprudenz o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel cd. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata.

La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua vis expansiva sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal Rule of law

(vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge⁶⁴ passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice.

Pertanto, proprio in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, si addiviene a ritenere il nascituro soggetto giuridico.

Tale tesi trova conforto in numerose disposizioni di legge, oltre che in precedenti giurisprudenziali di questa Corte e della Corte Costituzionale.....(citare numerose altre fonti...)

Deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1 c.p.c., comma 1), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia "perfetta" sul piano patrimoniale).

Ricorso incidentale (5 motivi) dottor C.

1motivo si afferma che del tutto illegittimamente la Corte d'Appello condannava il C. al risarcimento del danno pur in assenza di una domanda attorea in tal senso.

2motivo: che non sussisteva una responsabilità diretta dei collaboratori del centro verso i coniugi in quanto il contratto d'opera professionale è sorto tra il dottore A e la signora; nonché di un rapporto di collaborazione tra A e C,

⁶⁴ "È importante sottolineare come la Corteintenda riconoscere e ribadire la soggezione del giudice alla legge, il principio di legalità che è regola basilare dello stato di diritto" in Abignente A., *Argomentazione giuridica*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. 2, Giappichelli, Torino 2012, p.336.

dovendo quest'ultimo rispondere nel caso solo in sede di rivalsa esercitata dal professionista titolare.

3motivo: superamento delle indicazioni quantitative nella commisurazione del danno biologico e morale in capo al medico C.

4motivo: manca ogni prova che fondi il mancato avviso da parte del medico C dei possibili effetti del farmaco e stante la natura extracontrattuale della responsabilità verso i coniugi di tale medico C collaboratore dell'A l'onere della prova incombeva sui coniugi.

5motivo: la sentenza della Corte d'Appello è da considerarsi palesemente illegittima in quanto pur individuando nell'omessa informazione la fonte della responsabilità dei medici ha poi disposto il risarcimento anche in favore del minore per le malformazioni con cui è nato, *quasi che le stesse potessero ritenersi cagionate dall'omessa informativa*

Così conclude la Corte:

In conclusione, deve affermarsi, stante la soggettività giuridica di P.F. sul piano personale (nei limiti indicati), quale concepito, il suo diritto a nascere sano ed il corrispondente obbligo di detti sanitari di risarcirlo (diritto al risarcimento che per il nascituro, avente carattere patrimoniale, è condizionato, quanto alla titolarità, all'evento nascita ex art. 1 c.c., comma 2, ed azionabile dagli esercenti la potestà) per mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine alla terapia prescritta alla madre (e ciò in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti protettivi nei confronti del nascituro), sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso. Non avrebbe invece quest'ultimo avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato necessitasse ai fini

dell'interruzione di gravidanza (e non della mera prescrizione di farmaci), stante la non configurabilità del diritto a non nascere (se non sano).

Ancora, e sempre sulla base del nesso di causalità quale prospettabile nella vicenda in esame ai sensi dell'art. 1218 c.c. e dell'art. 1176 c.c., comma 2, risulta dovuto, come stabilito nella sentenza impugnata, il risarcimento in questione nei confronti dei coniugi P..

Ricorso incidentale:

Tutti i motivi infondati e assorbiti nei precedenti

1.1.c Schema argomentativo



1.1.d Il ragionamento della Corte di Cassazione. Interessi in conflitto.

- **Il problema della soggettività giuridica: dalla “centralità della persona” alla soggettività del concepito.**

Con la pronuncia in esame la Corte di Cassazione affronta la delicata tematica della posizione giuridica di chi *persona ancora non è* e della conseguente attribuzione al nascituro di un diritto a nascere sano, piuttosto che di un diritto a non nascere (se non sano). La Corte sceglie la strada di quella parte della dottrina⁶⁵ che riconduce la posizione del concepito a profili di soggettività giuridica. Lo fa dichiarando apertamente nel testo della sentenza il metodo che intende seguire quale fondamento argomentativo della decisione e la possibile soluzione relativa all'ammissibilità di un'azione di *wrongful life*⁶⁶. La Corte sostiene la soggettività giuridica del concepito sulla base di due premesse argomentative ben definite: a) l'ordinamento italiano è basato su una pluralità di fonti; b) la giurisprudenza in funzione normativa, quale esplicazione della funzione interpretativa del giudice, è una di queste fonti.

La Corte si rivela così consapevole del ruolo sempre più preminente che va assumendo la giurisprudenza nel contesto di pluralismo delle fonti e della conseguente possibilità di trovare uno sbocco nella via interpretativa. Nella parte narrativa della sentenza spiega, attraverso una interpretazione sistematica ed assiologia basata sulla pluralità di fonti e sulla clausola

⁶⁵ In questo senso, C. M. Bianca, *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano 2002, pp. 221 e ss.; in senso contrario, ossia di quella parte della dottrina che nega soggettività giuridica al concepito, si veda F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Diritto famiglia persona*, 2005, II, pp. 168 e ss..

⁶⁶ L'espressione nata nei Paesi di *common law* sta ad indicare la vita non voluta, ingiustificata di chi è nato malformato per omesso accertamento diagnostico, ove la pretesa risarcitoria è avanzata dal bambino. Essa va distinta dalle ipotesi cd di *wrongful birth* e di *wrongful conception*. La prima si verifica quando siano i genitori a chiedere il risarcimento del danno nel caso di nascita di un figlio malformato; la seconda si verifica quando il bambino sia sano, ma non sia voluto, in quanto concepito per esempio, nonostante un intervento di sterilizzazione, fallito per responsabilità medica. Cfr. E. Picker, *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, (a cura di) P. Zatti, D. Canale, trad. it di D. Canale, Giuffrè, Milano 2004, p.12 e pp. 109 e ss..

generale della persona, come oggi il codice civile non sia più l'unica fonte di riferimento. Dal pluralismo delle fonti discendono i fenomeni della decodificazione e della depatrimonializzazione, il primo che ha come conseguenza un progressivo venir meno del dogma della certezza del diritto⁶⁷ ed il secondo che pone l'accento sulla centralità della persona *“quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali”*. La seconda premessa argomentativa conduce ad un sistema giuridico che la Corte definisce come *semi-aperto* perché fondato *non solo su disposizioni di legge...ma anche su c.d. clausole generali....che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di “attualizzare” il diritto, anche mediante l'individuazione (...) di nuove aree di protezione di interessi*. È a questo punto che la Corte preferisce essere chiara nel suo procedere argomentativo mostrando la linea, o meglio il metodo, come essa stessa lo definisce, che intende seguire. La Corte esplicitamente nel testo della sentenza, come già ricordato, sceglie di adottare il metodo della giurisprudenza degli interessi rifiutando quello della giurisprudenza dei concetti. Se però si ripercorre analiticamente il ragionamento della Corte ci si addentra in una confusione metodologica: è davvero il metodo della giurisprudenza degli interessi quello che la Corte adotta in concreto? Prima di affrontare nel merito la questione metodologica pare opportuno specificare il fondamento dei metodi di cui si discute, quantomeno in linea generale per poter fino in fondo comprendere l'*iter* argomentativo della Corte. La giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*) si contrappone alla giurisprudenza dei concetti⁶⁸ sulla questione della completezza dell'ordinamento che deriva

⁶⁷ La categoria della certezza può riferirsi più in generale al diritto e più in particolare, può essere definita come la “giustizia delle sentenze”. Sul punto Berteà differenziando i due approcci ritiene che: “la certezza del diritto dipende dall'argomentazione e dalla controllabilità (non solo giuridica, ma anche) razionale della decisione” mentre, “non può essere accolta la tesi della coincidenza tra certezza e accettabilità o giustificabilità razionale”. In S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, cit., p. 118.

⁶⁸ La differenza tra la giurisprudenza dei concetti e quella degli interessi non concerne solo la completezza dell'ordinamento, ma attiene anche ad altri profili. Per un'analisi più approfondita del

dalla "costruzione sistematica" per la quale l'ordinamento è privo di lacune. La giurisprudenza dei concetti, nata in Germania nella seconda metà dell'Ottocento, ritiene che il diritto sia un sistema completo a partire da concetti essenziali, dalla combinazione dei quali nascono nuovi concetti e proposizioni giuridiche; si fonda cioè sull'idea che i concetti vadano ricavati astraendo dalle norme del sistema giuridico.

Quando sul finire dell'Ottocento nasce la cd. giurisprudenza degli interessi che rifiuta di impostare il discorso sulla completezza del sistema giuridico a partire da costruzioni logiche (concetti), applicando invece il discorso sugli interessi di base, la giurisprudenza dei concetti si avvia lentamente al suo declino.

Quindi, in sostanza, mentre Savigny e Puchta, esponenti della giurisprudenza dei concetti, sostenevano che il diritto fosse un sistema completo a partire da concetti essenziali che potevano essere legati tra loro per produrre nuovi concetti e proposizioni, e quindi costruiscono la sistematicità del diritto su costruzioni logiche; la giurisprudenza degli interessi, il cui principale esponente è stato Jhering, abbraccia una concezione più pragmatica. Gli individui hanno bisogni e interessi e di questo il diritto deve occuparsi: delle tendenze, dei desideri che esistono nella comunità. Nel caso sottoposto alla nostra attenzione la Corte dichiara di preferire un approccio più pragmatico (giurisprudenza interessi) che logico-formale (giurisprudenza concetti). Un esempio di questa incongruenza lo ricaviamo proprio dalla modalità con cui la Corte rinviene la presenza di una "clausola generale della centralità della persona": all'esito di un'analitica ricostruzione di fonti normative nazionali ed internazionali e di pronunce della Corte Costituzionale, astrae dalle norme del sistema il riconoscimento della soggettività giuridica al nascituro.

tema si veda: K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, (a cura di S. Ventura) Giuffrè, Milano 1966, pp. 17 e ss. (giurisprudenza dei concetti) e pp. 58 e ss. (giurisprudenza degli interessi); W. Wilhelm, *Metodologia giuridica del secolo XIX*, (a cura di) P. Lucchini, Giuffrè, Milano 1974, pp. 75 e ss. (giurisprudenza dei concetti) e pp. 123 e ss. (giurisprudenza degli interessi).

Questo procedere argomentativo pare abbia, a dispetto di quanto dichiarato dalla Corte medesima, il sapore della metodologia propria della giurisprudenza dei concetti. È noto che le clausole generali sono norme dal significato ampio ed indefinito, che il giudice deve riempire di contenuto concreto nel singolo caso. La clausola generale non può essere vista come una invenzione dell'interprete, soprattutto se l'interprete sostiene di operare in un sistema *semi-aperto*, che non lascia alcuna possibilità di arbitrio. “Ed allora, dove, in quale contesto il legislatore, compreso quello costituzionale, utilizza l'espressione <<centralità della persona>>? A ben vedere non vi è alcuna norma che utilizzi tale espressione⁶⁹”. Una cosa, dunque, è affidare all'interprete il compito di specificazione del significato, perché vi è un'espressione utilizzata dal legislatore in modo impreciso; un'altra cosa è invece, delegare all'interprete un compito più ampio, quello di creare una nuova espressione riempiendola di significato. La centralità della persona non è dunque una clausola usata dal legislatore a cui occorre dare un significato più preciso magari ricorrendo alla giurisprudenza degli interessi, ma è un concetto che la Corte ricava interpretando le norme costituzionali (artt. 2 e 32 Cost.), proprio come facevano i seguaci della giurisprudenza dei concetti⁷⁰.

Ciò che ora preme capire è come la Corte dal concetto di centralità della persona possa ricavare un argomento a favore della soggettività giuridica del concepito. Orbene nel caso di specie, la Corte afferma che *deve oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, 1° comma, c.c.), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica /con riferimento agli enti riconosciuti, dotati*

⁶⁹ Cfr. G. Cricenti, *Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.12 dicembre 2009, Cedam, anno XXV, pp. 1258-1275, spec. p.1271

⁷⁰ Cfr. G. Cricenti, *Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione*, cit.

conseguentemente di autonomia 'perfetta' sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti, i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale 'imperfetta' sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli a mezzo dei propri organi rappresentativi ...). In tale contesto, il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della condicio iuris della nascita ex art. 1, 2° comma, c.c. (sulla base dei due presupposti della fuoriuscita del feto dall'alveo materno ed il compimento di un atto respiratorio, fatta eccezione per la rilevanza giuridica del concepito, anche sul piano patrimoniale, in relazione alla successione mortis causa ex art. 462 c.c. ed alla donazione ex art. 784 c.c.) è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori.

Se dunque, la premessa della centralità della persona conduce alla soggettività del concepito⁷¹ questo significa che per la Corte il concepito è persona. Questa conclusione apre una ben nota *questio*, dibattuta in dottrina quanto in giurisprudenza⁷², sulla possibilità di identificare colui che ancora non è nato come persona, per cui sarebbe titolare di tutta una serie di diritti. A questo punto bisognerà soffermarsi sulle possibili conseguenze di tale titolarità.

Essere soggetto giuridico significa essere centro d'imputazione di diritti e doveri, sul punto la Corte ritiene il concepito *titolare sul piano*

⁷¹ Così la Corte: "Pertanto (...) sulla clausola generale della centralità della persona, si addiuvino a ritenere il nascituro soggetto giuridico".

⁷² In senso opposto, ossia nella possibilità di non identificare il concepito come persona si legga la sentenza n. 27 del 18 febbraio del 1975 della Corte Costituzionale; "(...) non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare".

sostanziale di alcuni interessi personali (..) quali il diritto alla vita (..) il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale. Ora, anche a voler fare una riflessione sommaria, pare eccessivo riconoscere ad un soggetto che persona ancora non è il diritto alla reputazione, all'onore e alla stima. Non bisogna dimenticare che l'identità personale è fatta anche di un riconoscimento nella società che il concepito ancora non ha. La Cassazione giunge a questa conclusione perché utilizza una categoria quella della soggettività giuridica come strumento di tutela del concepito e non come centro d'imputazione. Nel ragionamento della Corte vi sarebbe proprio l'errore in cui incorrono i teorici della giurisprudenza dei concetti e cioè il non aver considerato lo scopo delle norme per addivenire alla correttezza della decisione. Perché se così fosse stato, la Corte sarebbe giunta a diversa conclusione e cioè a considerare il concepito quale oggetto di tutela e non quale soggetto giuridico. Invero, a ben guardare le norme⁷³ che la Corte cita per giustificare la soggettività del nascituro vanno proprio nella direzione di fare del concepito un oggetto di tutela.

E in realtà come vedremo anche nell'analisi di una successiva sentenza che si è pronunciata su un caso simile è proprio il non aver guardato allo scopo della norma che ha portato a considerare il concepito come soggetto anziché come oggetto di tutela e quindi meritevole di protezione giuridica.

Il concepito, allora, potrebbe forse essere meglio identificato con questa immagine di “esclusione inclusiva” disegnata dal filosofo Agamben⁷⁴: ossia come esclusione dal novero dei soggetti e delle persone, ma di inclusione nella sfera degli esseri umani oggetto di protezione.

⁷³ Solo per citarne alcune: l'art. 1 della legge n. 40/2004 dichiara di tutelare il concepito e l'art. 1 della legge n.194/1978 afferma la tutela della vita umana sin dal suo inizio.

⁷⁴ G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino 2005.

- Il diritto a nascere sano e il nesso di causalità

Una volta ritenuto il concepito quale soggetto giuridico e quindi titolare di diritti, la Corte crea e gli attribuisce un nuovo diritto: quello a nascere sano, in nome del quale egli avrebbe titolo al risarcimento del danno per aver il medico somministrato un farmaco con effetti teratogeni sul feto.

Nel quadro tradizionale dell'applicazione del regime di responsabilità civile si ritiene generalmente che ricorrano tre presupposti: l'errore, il pregiudizio ed il nesso di causalità tra questi ultimi.

L'errore riscontrabile nel non aver correttamente informato la signora sui rischi teratogeni del farmaco prescritto non viene in realtà contestato da nessuna delle parti; il problema nasce quando si passa ad analizzare il pregiudizio che per i genitori del piccolo risiederebbe nella nascita malformata. È possibile ritenere una nascita un danno seppure affetta da una patologia? Ritenere l'handicap o addirittura la nascita un danno porta con sé una serie di problemi relativi alla dignità umana e ad un attacco all'essere umano in sé considerato. Direbbe Habermas, che è proprio questo il caso in cui l'handicap configura la “fattispecie giuridica di un danneggiamento materiale⁷⁵” che ha spinto i genitori del piccolo ad avanzare una pretesa risarcitoria. Per coloro, invece che ritengono che la nascita non possa essere considerata un pregiudizio non si pone il problema del nesso di causalità in quanto prima ancora dell'evento non vi sarebbe alcun danno.

Ed ancora più problematico risulta il nesso di causalità perché collegare l'errore medico all'handicap, come fa la sentenza in esame, significa dire che l'errore del medico (l'omessa informazione) è fonte di handicap. Argomentando a contrario se il medico avesse correttamente

⁷⁵ J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad.it. L. Ceppa, Einaudi, Torino 2002, p.16.

informato la donna sui possibili effetti dannosi, quest'ultima non avrebbe avuto comunque più il tempo per abortire, considerando inoltre che nel nostro ordinamento non è ammissibile l'aborto eugenetico.

Ecco che il compito del giurista si fa difficile quando è chiamato ad accertare se il risparmiare un'esistenza malformata ad un bambino che ancora deve nascere, risulti eticamente e giuridicamente giustificabile esclusivamente alla luce dell'interesse del bambino stesso, e se quindi debba essergli riconosciuto un diritto al risarcimento nel caso in cui la nascita non venga impedita⁷⁶. Si tratta di chiarire cioè se la vita umana possa essere qualificata come un bene posto a disposizione della volontà individuale. E se quindi, il nostro bambino abbia in nome di un diritto a nascere sano la possibilità di ricevere una tutela risarcitoria.

Il diritto a nascere sano, specifica la Corte, sarebbe una esplicazione del diritto alla salute ex art. 32 Cost. o meglio, il nascituro in quanto tale sarebbe titolare di un diritto a nascere sano, mentre una volta nato agirebbe in nome di un diritto alla salute. A tale esito la Corte approda da un lato, attraverso una interpretazione evolutiva dell'art.32 Cost, secondo il quale la tutela della salute è garantita come fondamentale diritto dell'individuo e non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare condizioni favorevoli per l'integrità del nascituro nel periodo che la precedono; dall'altro lato, attraverso una revisione del tema dell'efficacia del contratto, normalmente riferibile alle sole parti ed in questo caso estendibile anche al nascituro⁷⁷.

Su quest'ultimo punto, aggiunge la Corte, il diritto a nascere sano legittima il nascituro alla pretesa risarcitoria anche in ragione della violazione dell'obbligo di informazione sui rischi terapeutici che ricade sul nascituro *quale terzo destinatario di effetti protettivi in relazione al*

⁷⁶ E. Picker, *Il danno della vita*, cit., p.13.

⁷⁷ Cfr. Nota a sentenza di F. Longobucco in *L'<<interpretazione secondo Costituzione>> nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I Persone – famiglie – successioni, (a cura di) G. Perlingieri, G. Carapezza Figlia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012, p.51.

rapporto madre-medico. La Corte ritiene che il contratto stipulato dalla donna con la struttura sanitaria e quello stipulato dalla stessa con il medico siano produttivi di effetti protettivi anche nei confronti del nascituro in quanto il potere di scelta a causa del mancato obbligo di informazione sulla potenzialità dannosa del farmaco ha inciso anche sulle malformazioni del bambino che quindi sarà tenuto ad essere risarcito.

Questi effetti *protettivi* si estendono, come già affermato in altre pronunce dalla Corte⁷⁸, anche nei confronti del padre *in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona.*

Dunque, per il giudice della sentenza de quo, il risarcimento concesso al concepito trova il suo presupposto nel riconoscimento della sua soggettività giuridica e del suo “diritto a nascere sano” che ancor prima di assumere un rilievo patrimoniale subordinato alla nascita, quale requisito di azionabilità, viene leso dalla non corretta informazione dei sanitari e dalla somministrazione di farmaci dannosi al nascituro.

Il diritto a nascere sano non indica però, si badi bene, la pretesa di essere generati da genitori sani o la pretesa di non nascere se portatori di un handicap. Il diritto a nascere sano va inteso esclusivamente come diritto di nascere senza subire lesioni nella fase prenatale a causa di condotte negligenti dei medici o di terzi. Ne discende, è quanto emerge da un *obiter dicta* di non poco rilievo, che il concepito non ha diritto al risarcimento del danno qualora i genitori gli trasmettano una malattia ereditaria, ovvero la madre non pratichi il cd. aborto eugenetico al solo fine, cioè, di eliminare i feti malformati. Conseguenza ne è il rifiuto da parte della Cassazione di consentire al figlio malformato di esercitare un'azione di risarcimento del danno da vita indesiderata (*wrongful life*).

⁷⁸ C. Cass. 14488/04; Id. 20320/05.

Ora ci si chiede: era davvero necessario chiamare in causa un diritto a nascere sano, altro esempio di discrezionalità interpretativa⁷⁹, o sarebbe stato più semplice invocare un diritto alla salute, una volta nato? La Corte crea un nuovo diritto, ma poi aggiunge che la possibilità di farlo valere in giudizio è subordinata all'evento nascita. In altre parole, il nascituro potrà agire solo una volta nato e non in nome del diritto a nascere sano, ma in nome del diritto alla salute. La contraddittorietà del ragionamento della Corte si esplicherebbe, come suggerisce Travaglino (Cass. n.16754/2012), nel riconoscere nella fase prenatale un diritto a nascere sano, e nel negare una volta nato, il diritto a non nascere se non sano.

1.2 Analisi del caso. (Corte di Cassazione 2 ottobre 2012 n. 16754, Rel. Travaglino)

1.2.a Fatto

È stato sottoposto alla Cassazione il delicato problema della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo al minore handicappato, nato, a seguito di omessa rilevazione da parte del sanitario della malformazione genetica, da una madre che, contestualmente alla richiesta dell'esame diagnostico, aveva manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test. Il ginecologo faceva eseguire alla donna soltanto il Tri-test il cui risultato fu negativo. Ometteva tuttavia di spiegare alla donna la percentuale di falsi negativi del suddetto test, così come la possibilità di effettuare altri esami, più invasivi

⁷⁹ Esistono due tipi di discrezionalità giudiziaria, quella assoluta caratterizzata dalla piena soggettività del giudice; quella relativa che al contrario non lascia alcuno spazio alla soggettività. Sul punto Barak ritiene che “un giudice non gode di discrezionalità assoluta, in quanto l'esercizio del potere discrezionale (...) è sempre soggetto ai limiti previsti dal diritto”. Cfr. A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. di I. Mattei, Giuffrè, Milano, 1995, p. 27.

(amniocentesi), per aumentare il grado di certezza della diagnosi. Al termine della gravidanza nasceva una bimba affetta da sindrome di Down.

1.2.b Iter processuale

Tribunale di Treviso: i genitori, le sorelle e la stessa bimba malformata adivano il Tribunale per sentir condannare il ginecologo e l'USSL al risarcimento del danno patito per omessa diagnosi della malformazione. Tribunale respinge il ricorso dei genitori e delle sorelle, previa declaratoria di difetto di legittimazione attiva della minore malformata.

Corte d'Appello di Venezia: confermava la decisione del Tribunale affermando che una volta: *verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute, facendo ricorso all'aborto*. Inoltre riteneva il medico assolto non sussistendone la colpa.

Corte di Cassazione:

Responsabilità del ginecologo **per inadempimento** rispetto alla richiesta di diagnosi da malformazione funzionale all'interruzione di gravidanza; nonché **per la violazione del diritto di autodeterminazione** della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica (come poi avvenuto).- Danno della madre (quale parte contrattuale).

Estensione della responsabilità medica per inadempimento anche verso:

il padre: (conf. Cass. 2354/2010); Cass. 20320/2005, Cass 14488/2004, e da Cass. 6735/2002);

le sorelle: (novità introdotta con questa sentenza) –il danno è individuato nel minor tempo che i genitori potranno dedicare alle medesime in ragione del maggior tempo necessario da dedicare alla figlia malformata, nonché della diminuita serenità familiare.

6 motivi del ricorso (tutti accolti dalla Corte):

1 motivo: fondato.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 345 e 346 cpc. Risulta infatti chiaramente espresso nell'atto di citazione il riferimento alla volontà della paziente di voler sapere dell'eventuale esistenza di patologie nel feto. Così nel successivo atto di appello del tutto legittimamente denunciato.

2 motivo: fondato.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 (responsabilità del debitore) e 1223 (risarcimento del danno) del codice civile per mancato accertamento dell'inadempimento contrattuale rispetto alla richiesta di diagnosi e di dare corretta informazione circa l'inidoneità degli esami svolti in funzione della richiesta della paziente. Oggetto del rapporto professionale medico-paziente: *un accertamento doppiamente funzionale* alla diagnosi di malformazioni e in caso di esito positivo all'esercizio del diritto d'aborto. Ne consegue una responsabilità del ginecologo **per inadempimento** rispetto alla richiesta di diagnosi da malformazione funzionale all'interruzione di gravidanza; nonché **per la violazione del diritto di autodeterminazione** della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica (come poi avvenuto).- Danno della madre (quale parte contrattuale).

Violazione dell'art. 32 Cost, 1 e 2 co

Violazione dell'art. 2697 cc

3 motivo: fondato.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 2729 cc (presunzioni semplici) Con riferimento alla presunzione di volontà dell'esercizio del diritto d'aborto da parte della donna risultata portatrice di patologia permanente (danno biologico psichico, così valutato da consulenza medico legale) dopo la nascita del bambino malformato. L'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di abortire a fronte di espressa volontà.

4 motivo: fondato.

Viene affermato il principio di diritto secondo cui la responsabilità medica per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata è da estendersi oltre che nei confronti della madre anche al padre (conf. Cass. 2354/2010; Cass. 20320/2005, Cass 14488/2004, e da Cass. 6735/2002);

e alle sorelle: (novità introdotta con questa sentenza) il danno è individuato nel minor tempo che i genitori potranno dedicare alle medesime in ragione del maggior tempo necessario da dedicare alla figlia malformata, nonché della diminuita serenità familiare.

5 motivo: fondato.

Violazione degli artt. 1218 cc, 2043 cc, 1223 cc, 2056 cc con riferimento:

- alla dannosità dell'handicap congenito per il neonato
- al diritto del medesimo al risarcimento
- al rilievo causale dell'inadempimento dell'obbligo di diagnosi precoce nei confronti della madre.

Il problema che si pone ora il collegio è quello di indagare la natura giuridica del concepito (titolare di diritti dalla nascita o anche prima che essa si verifichi?) nonché la titolarità di un diritto al risarcimento in capo al minore handicappato. Si veda la differenza tra la teoria pro life (in difesa del dir del nascituro alla vita e al dovere della donna di difenderla ad ogni costo) e la teoria pro *choice* (tesa al riconoscimento del diritto assoluto della donna all'autodeterminazione a scapito del riconoscimento del diritto del

nascituro alla vita). Ci si chiede cioè se debba essere predicata la *natura di soggetto di diritto ovvero di oggetto di tutela fin dal momento della sua nascita*.

Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire *iure proprio*? (il problema più spinoso). La bambina nata malformata ha o meno la legittimazione ad agire *iure proprio*, rappresentata dai genitori, per il ristoro del danno patito nascendo con un handicap?

La soluzione è positiva, ma per arrivarci la Corte deve superare i precedenti che consideravano il nascituro come titolare del solo diritto a nascere (sano), non potendo sussistere un diritto a non nascere o a non nascere se non sano.

I precedenti da superare sono:

Cass. n. 14488/2004 (talassemia).

Caso: genitori affetti da talassemia non vennero informati dal medico durante la gravidanza del rischio che anche la nascita potesse risultare contagiata, perciò convennero in giudizio il medico per sentirlo condannare al risarcimento danni patito sia da loro che dalla figlia nata talassemica. La Corte aveva escluso la risarcibilità del danno da nascita malformata lamentato in proprio dalla neonata (la cui malattia veniva ritenuta non evitabile né rimediabile), limitandola alla madre e al padre del bambino. Siamo dinanzi al ruolo “miserabile del diritto” inadeguato nell’offrire una soluzione al bilanciamento tra la vita non voluta e la morte voluta, per espressa dichiarazione o per silenziosa presunzione. **(6.1 Sent. Travaglino).**

I motivi dell’inesistenza del dir. al risarcimento del danno da *wrongful life*:

L’iter argomentativo delle sentenze 2004:

Premesse normative (fonti a cui rinvia la giurisprudenza 2004):

- Il nostro ordinamento non ammette l'aborto eugenetico e non riconosce il diritto al risarcimento del danno né per la madre né per il nato.
- La legge 194/1978 consente alla gestante di interrompere la gravidanza solo quando ne possa derivare un rischio per la sua salute fisica o psichica, ovvero per la sua vita
- In seno agli ordinamenti stranieri prevale la tendenza a rigettare la domanda proposta in proprio dal nato e ad accogliere quella dei genitori (si veda però *revirement* caso Perruche⁸⁰ riconosce il risarcimento del danno (handicap) al bambino. A tale pronuncia fece seguito l'intervento del legislatore – legge 303/2002 Loi Kouchner- che esclude qualsiasi pretesa risarcitoria in capo all'handicappato).

Premesse argomentative:

- Mancanza di un nesso di causalità tra la condotta omissiva del medico e la malattia (talassemia eterozigote), la quale si afferma non è addebitabile al medico in quanto, seppur accertata secondo le attuali conoscenze scientifiche non sarebbe stata suscettibile di estirpazione; cosa diversa continua la Corte, sarebbe stata se la malattia fosse stata causata da un intervento colposo o commissivo del medico oppure se l'omissione ne avesse impedito un possibile intervento risolutivo.

Critica della dottrina:

⁸⁰ Per il testo della sentenza Perruche del 17 novembre 2000 consultare il sito www.courdecassation.fr

Ragionamento perruchiste sull'oggetto:

errore omissione medica→la conseguenza dell'errore=handicap(pregiudizio o danno) quindi vi è un nesso di causalità tra l'errore il pregiudizio perciò risarcimento del danno a favore del nato malformato; Cayla O., Thomas Y., *Il diritto di non nascere*, trad. it. L. Colombo, Giuffrè, Milano 2004, pp. 23-27.

Ragionamento anti-perruchiste sull'oggetto:

errore omissione medica→la conseguenza dell'errore=nascita; la nascita non può costituire un pregiudizio quindi non vi sarebbe risarcimento del danno. Ammettere che la nascita sia per lui un pregiudizio costituisce una mancanza di rispetto per la sua dignità. Cayla O., Thomas Y., *Il diritto di non nascere*, cit., pp. 27-33.

una parte della dottrina ritiene che quantomeno una concausa indiretta dell'errore del medico sugli interessi del feto vi sia. Se si guarda alla teoria della causalità adeguata sarebbe rilevante solo la causa preponderante, immediata, nel caso di specie la rosolia; secondo la teoria dell'equivalenza delle condizioni sarebbe rilevante ai fini della causalità, fra i possibili fattori, solo quello senza il quale il danno non si sarebbe verificato. Ciò significa che senza l'omissione colposa del medico il danno non si sarebbe verificato in quanto la donna avrebbe abortito (ovviamente ciò presuppone la prova di una dichiarazione esplicita da parte della donna). A questo punto, si badi bene il nesso di causalità non sarebbe tra la condotta omissiva del medico e la vita disabile, piuttosto tra la prima e la perdita di *chance* del nascituro (e quindi potrebbe essere fatta valere anche per la teoria della causalità adeguata). La perdita di *chance*⁸¹ costituisce ormai in giurisprudenza un interesse meritevole di tutela, ovviamente la natura di *chance* inciderà non sulla meritevolezza della tutela quanto sulla quantificazione monetaria del danno che sarà minore.

- Non esiste un diritto ad abortire, bensì una mera facoltà concessa alla donna quando ricorrono particolari condizioni (questo è condivisibile). La conseguenza che ne deriva è, per la Corte, che le eventuali anomalie o malformazioni del feto, rilevano solo in quanto possono cagionare un danno alla salute della donna.
- Tutela giuridica del nascituro: 1 - esistenza di un diritto a nascere (sano); 2 - non esistenza di un diritto a non nascere. Questo perché se così non fosse si correrebbero due rischi:
 - a) Trasformare l'aborto da volontario in obbligatorio nell'ipotesi malformazioni al feto accertate (una sorta di eutanasia prenatale contraria all'art. 2 Cost, nonché all'art. 5 cc)

⁸¹ Per una nozione di perdita di chance si legga la giurisprudenza in materia di lavoro: Cassazione civile, sez. III, 28/09/2010, n. 20351; Cass. civ., Sez. III, 29 novembre 2012, n. 21245; Cassazione civile, 5/04/2013, n.8443.

- b) Qualora la madre correttamente informata, decidesse di portare a termine la gravidanza, il figlio divenuto maggiorenne potrebbe agire nei confronti della madre in quanto risulterebbe violato il suo diritto a non nascere sano.

Ci troviamo di fronte ad un contesto alquanto particolare, che vede prima della nascita un diritto a non nascere (se non sano) in assenza di un titolare che lo faccia valere, si tratterebbe cioè di “un diritto adespota” mentre con la nascita verrebbe a mancare lo stesso diritto.

- Nel nostro ordinamento non può parlarsi di un diritto a non nascere in quanto l'ordinamento tutela il concepito verso la nascita e non verso la non nascita, per cui se di diritto vuole parlarsi può parlarsi di un diritto a nascere. Corte Cost. n.27 del 1975 riconosce fondamento costituzionale alla tutela del concepito.
- L'esistenza di un diritto a nascere sani non comporta l'obbligo di non far nascere disabili
- La Corte italiana ritiene che l'omessa informazione del medico non ha apportato al concepito una condizione peggiore rispetto a quella che si sarebbe potuta verificare in caso di non omissione. Praticamente la Cassazione italiana ritiene che la vita disabile sia meno peggio della morte. Si porrebbe così in essere un ulteriore problema, quello di determinare il grado di tollerabilità dell'handicap.
- Il diritto a non nascere si può qualificare come un diritto al rifiuto di se stesso che entrerebbe nella sfera della libertà di scelta.
- Al concepito non deve essere attribuita soggettività giuridica.
- Risarcimento del danno esteso anche al padre per gli effetti protettivi del contratto.

Considerazione sulla vita come bene assoluto:

nelle ipotesi di wrongful conception viene violato il diritto alla procreazione cosciente e responsabile; nelle ipotesi di wrongful birth il risarcimento deriverebbe dalla indisponibilità del bene vita per il

bambino (per altra dottrina risiederebbe nel diritto alla salute della donna posta in serio pericolo); nelle ipotesi di *wrongful life* non sarebbe riconosciuto il risarcimento in quanto non può qualificarsi come danno la vita disabile quando l'unica alternativa è la morte.

La posizione critica della dottrina a seguito della sent. 2004:

- Critica all'estensione dei cd "effetti protettivi" al solo padre e non anche al nascituro che parrebbe dover essere ricompreso nella cerchia dei terzi danneggiati.
- L'argomento utilizzato per negare il risarcimento del danno alla figlia costituito dalla conclamata inesistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere se non sano *venne definito affermazione meramente retorica.*
- Critica alla paventata ipotesi del nascituro di chiedere il risarcimento del danno alla madre per non aver abortito: danni irrisarcibili per l'assenza di una condotta colposa (interrompere la gravidanza o dare la vita non possono rientrare in questa fattispecie).
- La sentenza non affronta in dettaglio la problematica del nesso eziologico.

Cass. n. 10471/2009 (Spagna Musso): in questo caso il medico viene ritenuto responsabile di aver con la propria omissione cagionato, o non impedito la malformazione (si trattava di un caso in cui il ginecologo non aveva informato la coppia dei possibili effetti teratogeni di un farmaco somministrato alla donna per stimolare la funzione riproduttiva). La Corte, nel caso di specie, riconobbe legittimazione ad agire in proprio al minore malformato per il risarcimento dei danni affermando che il nascituro, o il concepito *deve ritenersi dotato di autonoma soggettività giuridica ... e che al suo diritto a nascere sano corrisponde l'obbligo dei sanitari di risarcirlo.* Il risarcimento danni a favore del nascituro scatta in conseguenza della nascita ovvero del suo diritto a nascere sano, più precisamente il

diritto al risarcimento del danno è condizionato al verificarsi della nascita. Il risarcimento del danno è dovuto per la mancata informazione in ordine ai possibili rischi teratogeni conseguenti alla terapia prescritta alla madre, nonché per il dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro. La Corte però ebbe cura di precisare che (*obiter dictum*) il neonato malformato non avrebbe avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato, circa il rischio di malformazioni prenatali, fosse stato funzionale soltanto all'interruzione di gravidanza da parte della donna, confermando così la posizione precedentemente espressa in giurisprudenza. (6.2- Sent. Travaglino)

Critica di Travaglino:

Alla imprescindibile soggettività giuridica:

- Ostacolo di ordine logico: costituito da una apparente contraddizione tra un diritto a nascere sano (che si perpetuerebbe nel corso della gravidanza) e la sua trasformazione in un diritto alla salute di cui si invocherebbe la tutela dopo la nascita.
- Non condivisibile appare inoltre il principio ribadito in *obiter*, la Corte incorrerebbe nello stesso equivoco della giurisprudenza del 2004: il nato non ha comunque diritto ad alcun risarcimento del danno per essere venuto alla vita, in quanto privo di un interesse a non nascere. La contraddizione in cui incorre la Corte è la seguente: il concepito in fase prenatale sarebbe soggetto di diritto, mentre una volta nato sarebbe considerato una non-persona.
- La facoltà della donna di interrompere la gravidanza rappresenta un esclusivo interesse della donna e non anche del nascituro, così come l'interesse ad un "procreazione cosciente e responsabile" (art. 1 legge 194 del 1978). Il neonato sul piano giuridico vanta, ora per allora, esclusivamente l'interesse tutelato a che la madre sia messa in condizione di scegliere consapevolmente e responsabilmente, e non

anche l'interesse a che la scelta della madre sia nel senso di interrompere la gravidanza.

- Non si tratta di soggettività giuridica ma di oggetto di tutela.
“L'intero plesso normativo ordinario e costituzionale sembra muovere nella direzione del concepito come oggetto di tutela e non come soggetto di diritto. Solo a seguito della nascita la fattispecie di cui alla sent. 2009 si presentò come un ordinario caso di danno alla salute: la situazione soggettiva tutelata è il danno alla salute, non quello a nascere sano. Il nato malformato non fa valere un diritto alla vita né un diritto a non nascere, ma la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento. Oggetto della pretesa risarcitoria è sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale il perdurante e irrimediabile stato di infermità”.

Cass. n. 9700/2011 (danno lungolatente): qui si discuteva del diritto del neonato al risarcimento del danno per la morte del padre, per fatto illecito di un terzo, avvenuta prima della sua nascita, ma dopo il suo concepimento. La corte ritenne risarcibili i danni subiti dal minore a partire dal momento della nascita e non dal momento della morte del padre, ritenendo così irrilevante la questione della soggettività giuridica del nascituro. Del rapporto con il padre la figlia è stata privata nascendo, non prima che nascesse, maturando solo con la nascita il suo diritto di credito al risarcimento.

La Corte, seppur incidentalmente (*obiter dictum*), affermava che si poteva riconoscere il diritto al risarcimento del danno anche al nato con malformazioni, estendendo al feto lo stesso effetto protettivo intercorso tra la madre e il medico. Il figlio, in quel caso, a seguito della violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, si duole non della nascita, ma del proprio stato d'infermità (della malformazione). (6.3- Sent Travaglini)

Alla luce di questo susseguirsi logico dei precedenti esaminati, dal 2004 al 2011, sembra che la Cassazione abbia preparato il terreno alla soluzione proposta con la Sentenza del 2012.

Cass. n.16754/2012 Il danno al neonato malformato è: la sua esistenza diversamente abile (la prospettiva di vita) che non potrà estrinsecarsi in modo libero secondo i dettami della Costituzione, e non l'handicap in sé considerato o la sua nascita. Il risarcimento dei danni a favore del nato malformato deriverebbe quindi, secondo la Corte, dall'esistenza di una vita disabile in conseguenza di una mancata autodeterminazione della donna, che aveva chiaramente fatto presente di voler effettuare test diagnostici sul feto al fine di potere, in caso di esito infausto, esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza.

Il vulnus lamentato dal minore malformato è lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata.

Violazione dell'art.32 della Cost.

Violazione dell'art. 2 Cost.

Violazione dell'art. 3 Cost.

Violazione dell'art. 29, 30, 31 Cost.

Né vale considerare condivisibile l'ulteriore critica mossa da quella parte della dottrina che nega la legittimazione ad agire al minore sull'assunto che qualificare la nascita come pregiudizio costituisca una lesione della dignità del medesimo.

Non assume, invece, nessuna rilevanza giuridica la dimensione prenatale del minore del tutto inqualificabile nel mondo del diritto, da cui deriverebbe l'assoluta irrilevanza dell'affermazione nessuno potrebbe preferire la non

vita alla vita. Affermazione che avrà sicuramente una pregnanza sul piano etico e filosofico, ma non su quello giuridico.

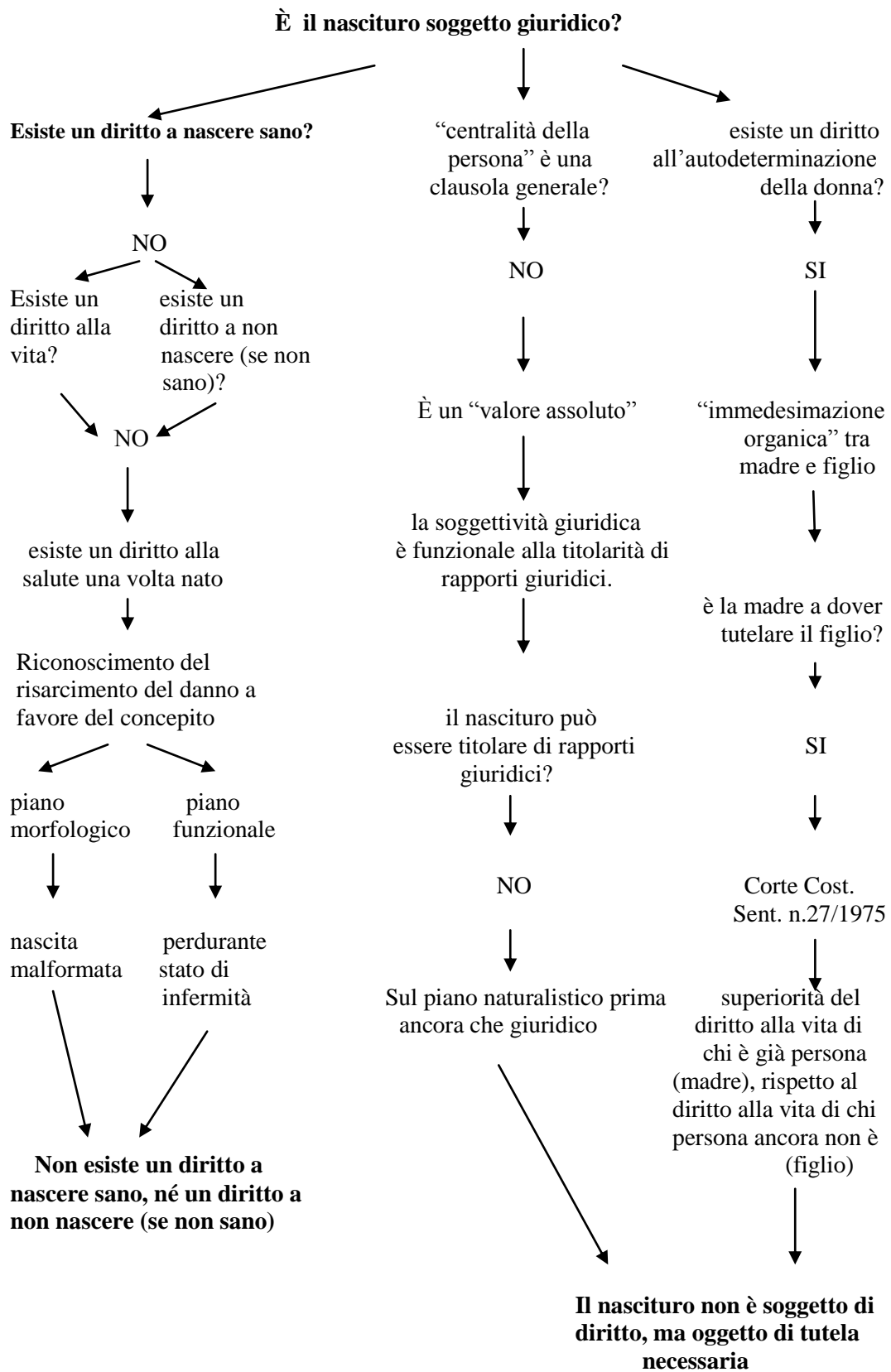
Il nesso di causalità si ha tra la condotta omissiva del sanitario e l'evento dannoso (prospettiva di vita malformata):

- Irrilevanza del nesso causale tra omissione di diagnosi e nascita (in quanto la nascita non può essere considerata come danno);
- Irrilevanza del nesso causale tra omissione di diagnosi e handicap (in quanto la malformazione non è conseguenza dell'omissione, bensì del presupposto di natura genetica, rispetto al quale la condotta del sanitario è muta sul piano della rilevanza eziologica).

Una diversa soluzione sul piano causale si risolverebbe nell'inammissibile annullamento della volontà della gestante.

La condotta colpevole del medico: consisterebbe nella non sufficiente attendibilità del test in presenza di una esplicita richiesta da parte della donna e dal difetto di informazioni circa la gamma delle possibili indagini da effettuare.

1.2.c Schema argomentativo



1.2.d Il ragionamento della Corte di Cassazione. Interessi in conflitto

Chiosare una così intensa e notevole motivazione è di sicuro un compito difficile; ad ogni modo proverò ad analizzare l'iter argomentativo cercando di porre in essere i punti nodali che hanno contraddistinto, nel panorama giurisprudenziale, questa pronuncia come un *revirement* rispetto al passato.

Il percorso argomentativo seguito dalla sentenza del 2009 viene contrastato da questa successiva pronuncia del 2012. Nel 2012 infatti la Corte riconosce il risarcimento al nascituro sul presupposto che la madre non era stata sottoposta agli accertamenti idonei a diagnosticarne l'handicap per potersi determinare ad un aborto, mentre nel 2009 la stessa sezione aveva escluso la configurabilità dello stesso diritto in quanto *la mancanza di consenso informato, nella diversa fattispecie da quella in esame con riguardo alla interruzione volontaria di gravidanza (e non in relazione alla sola effettuazione di una terapia), non può dar luogo a risarcimento anche nei confronti del nascituro poi nato con malformazioni, oltre che nei confronti della gestante-madre; ciò perché, in base alla condivisibile giurisprudenza di questa corte (sul punto, tra le altre, la già citata sentenza 14488/04, la 6735/02, id., 2002, I, 3115, e la 16123/06, id., Rep. 2006, voce Responsabilità civile, n. 277) non è configurabile nel nostro ordinamento un diritto «a non nascere se non sano» perché, in base alla l. 194/78, sull'interruzione volontaria di gravidanza, e in particolare agli art. 4 e 6 nonché all'art. 7, 3° comma, che prevedono la possibilità di interrompere la gravidanza nei soli casi in cui la sua prosecuzione o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, deve escludersi nel nostro ordinamento il c.d. aborto eugenetico. Pertanto il concepito, poi nato, non potrà avvalersi del risarcimento del danno perché la madre non è stata posta nella condizione di praticare l'aborto; tale circostanza non è in contrasto con la tutela riconosciuta al nascituro, quale soggetto giuridico,*

ed ai suoi interessi e non prospetta profili di incostituzionalità per quanto affermato anche dalla Corte costituzionale, con la pronuncia 27/75, id., 1975, I, 515 (anche se antecedente alla legge sulla interruzione volontaria di gravidanza), secondo cui, pur sussistendo una tutela costituzionale del concepito, deducibile dagli art. 31, 2° comma, e 2 Cost., gli interessi dello stesso possono venire in collisione con altri beni anch'essi costituzionalmente tutelati (come, nel caso di specie, la salute della madre)”. Nel 2012, infatti, la Corte non si limita a rivedere e riformulare questo principio di diritto ma, partendo dallo stesso quadro normativo elabora un autonomo percorso argomentativo, sottoponendo a critica analitica le ragioni della precedente pronuncia. La prima novità è segnata dall'estendibilità del diritto al risarcimento oltre che al padre⁸² anche “ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e delle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'id quod plerumque accidit, alla morte dei genitori”. Un danno “consistente, tra l'altro (...) nella inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato; consci — entrambi i genitori — che il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, pur senza che questo incida affatto sull'orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita qual che sia la concreta situazione in cui si trova — principio cardine non di una sola, specifica morale, ma di

⁸² Come già in precedenza sostenuto dalla pronuncia della Corte di Cassazione del 2009.

una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona, caratterizzata dalla insostituibile centralità della coscienza individuale.

Un'attenta analisi rivela però che la giustificazione del riconoscimento della pretesa risarcitoria anche a favore dei fratelli del minore affetto da handicap, terzi rispetto al rapporto contrattuale instaurato tra medico e madre, risiederebbe in una valutazione di carattere etico, sociale, psicologico ove non è possibile non rilevare un momento argomentativo. Ed è proprio questo nucleo argomentativo che ritroviamo nel percorso che porta la Corte nel 2012 a riconoscere il diritto al risarcimento del danno nei confronti dello stesso minore affetto da handicap *nato – a seguito della omessa rilevazione, da parte del sanitario, dalla malformazione genetica – da una madre che, contestualmente alla richiesta dell'esame diagnostico, abbia manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test.*

Passando ad un confronto serrato tra le due pronunce non è possibile non rilevare il netto cambiamento di rotta da parte della più recente giurisprudenza. La Corte del 2012 prende, senza mezzi termini, le distanze dal riconoscimento della soggettività giuridica in capo al nascituro. Questo non solo per l'esistenza di *un primo ostacolo di ordine logico costituito dalla apparente contraddizione tra un diritto «a nascere sano» (un diritto, dunque, alla vita, che si perpetuerebbe nel corso della gestazione) e la sua repentina quanto inopinata trasformazione in un diritto alla salute di cui si invocherebbe tutela solo dopo la nascita*, ma anche per superare la dicotomia, ribadita anche nel 2009, tra un diritto del nascituro a “nascere sano” ed un diritto a “non nascere” che, secondo il precedente orientamento, escluderebbe una pretesa risarcitoria del minore per la mancata scelta della madre dell'aborto terapeutico, a cui si sarebbe determinata ove fosse stata correttamente informata dal medico della malformazione. L'esistenza di questi due diritti porta con sé una contraddizione del ragionamento, così come già rilevato in precedenza, in

quanto se così fosse ci troveremo in una situazione quasi paradossale ove *da un lato, nel considerarlo in fase prenatale, soggetto di diritto e perciò centro di imputazione di alcuni diritti, della personalità e patrimoniali — da far valere solo se ed in quanto nato —; dall'altro, nel riservargli, alla nascita un trattamento di non-persona, disconoscendone sostanzialmente gli aspetti più intimi e delicati della sua esistenza.*

La Corte rileva che il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, che trova tutela nella legislazione ordinaria ed in particolare nella legge 194 del 1978, è attribuito solo alla madre e pertanto, nel caso in cui venga leso per un difetto di informazione, è appropriata la qualificazione *non di un diritto esteso al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito.*

La premessa fattuale coincide con la volontà espressamente dichiarata dalla donna di voler interrompere la gravidanza in caso di malformazione del feto. A questa premessa fattuale segue un dato normativo importante, l'esistenza di una legge sull'aborto la n. 194 del 1978 che all'art. 4 consente l'aborto in caso di “serio pericolo per la salute fisica o psichica” della donna. Date queste premesse, ne consegue che l'interruzione volontaria di gravidanza non deve essere utilizzata come mezzo per bilanciare due valori costituzionalmente garantiti, la vita della mamma e quella del bambino, ma semplicemente per verificare se, sul piano della causalità ipotetica, possa derivare una malattia psichica alla donna. Offre un valido sostegno argomentativo il rinvio ad un pronuncia costituzionale⁸³, la quale pur riconoscendo per la prima volta fondamento costituzionale al concepito, ritiene che tale diritto non sia pienamente equivalente al diritto alla vita, alla salute della madre, che è già persona. Nell'impossibilità dunque, di

⁸³ Sul punto, nella sentenza n.27 del 1975 della Corte Costituzionale, (Pres. P. Bonifacio) si legge: “(...) l'art.2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito”.

sostenere il bilanciamento tra due vite, potrebbe ritenersi ragionevole ricomprendere la tutela del figlio in quella della madre, lasciando a quest'ultima la possibilità di esercitare il suo diritto di autodeterminazione (art. 5 legge 194 del 1978). Si tratterebbe pertanto di una immedesimazione della vita del figlio con il corpo della madre, “alla quale spetta una posizione singolare ai fini del consenso⁸⁴”. Violati risultano gli artt. 29, 30 e 32 per l'arrivo di un bambino *in una dimensione familiare alterata* in considerazione del fatto che la madre se correttamente informata ne avrebbe impedito la nascita.

La Corte, dopo aver condotto una esegesi così approfondita, considera che *la protezione del nascituro non passi necessariamente attraverso la sua istituzione a soggetto di diritto, ovvero attraverso la negazione di diritti del tutto immaginari, come quello a «non nascere se non sano», locuzione che semplicemente non rappresenta un diritto; come non è certo riconducibile ad un diritto del concepito la più ferma negazione, da parte dell'ordinamento (non soltanto italiano), di qualsiasi forma di aborto eugenetico. È tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro oggetto di tutela, se la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all'essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette. Nessuna rilevanza, in positivo o in negativo, pare assumere all'uopo il pur fondamentale principio della centralità della persona, universalmente riconosciuto e tutelato a qualsiasi livello normativo, ma inidoneo ex se a rientrare nel novero delle vere e proprie «clausole generali» (...) La centralità della persona (...) è qualcosa di più e di diverso rispetto ad una semplice clausola generale, è un «valore assoluto»,*

⁸⁴ P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., p. 22. Cfr. anche P. Zatti, S. Rodotà, *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*. (a cura di) S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti Tomo I, Giuffrè, 2011, p.1606.

rappresentabile esso stesso come proiezione di altre norme (tra le altre, gli art. 2 e 32 Cost.) e come autentico fine dell'ordinamento.

Nell'iter argomentativo di questa Corte emerge chiaro l'allontanamento da quanto affermato dalla Corte del 2009 sia sul piano, come abbiamo visto, della configurazione giuridica che su quello della tutela del concepito. Concepito che, nel caso in esame, non pretende di essere quando ancora non è, a causa dell'*impossibilità per un essere vivente di esistere come soggetto prima della sua vita.*

Per altro verso, ci ricorda questa Corte, proprio in attuazione dei principi cardine delle giurisprudenza degli interessi (che la Cassazione 2009 dichiarava di voler perseguire) *sembra (...) che tutte le norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare il delicato territorio del concepimento considerino il concepito come un oggetto di tutela necessaria, essendo la soggettività - come s'è detto - un'astrazione normativa funzionale alla titolarità di rapporti giuridici.*

Il risarcimento in questa dimensione si pone come riparazione non già della non-nascita, ma del maggiore disagio che il minore portatore di handicap è chiamato ad affrontare nella estrinsecazione dei suoi diritti individuali e sociali. *Un'esistenza diversamente abile rettamente intesa come sintesi dinamica inscindibile quanto irredimibile, e non come algida fictio iuris ovvero arida somma algebrica delle sue componenti (nascita handicap = risarcimento), né tantomeno come una condizione deteriore dell'essere negativamente caratterizzata, ma situazione esistenziale che, in presenza di tutti gli elementi della fattispecie astratta dell'illecito, consente e impone al diritto di intervenire in termini risarcitori (l'unico intervento consentito al diritto, amaramente chiamato, in tali vicende, a trasformare il dolore in denaro) affinché quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagiata. Consentendo, al fine, per il tramite del diritto, ciò che una logica astrattamente giusnaturalistica vorrebbe viceversa negare. L'evento di danno è costituito, pertanto, nella*

specie, dalla individuazione di sintesi della «nascita malformata», intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente, e non già destinata «a realizzare un suicidio per interposto risarcimento danni», come pure s'è talvolta opinato.

Ciò che maggiormente colpisce, in questo stretto confronto tra interprete e legislatore e tra la giurisprudenza stessa, è la possibilità all'interno di un *iter* motivazionale di partire dalle medesime premesse per giungere a conclusioni diametralmente opposte e ugualmente giustificate. Se infatti, la giurisprudenza del 2009 aveva istituito un diritto a nascere, la successiva pronuncia lo ridefinisce come diritto impossibile e assurdo se lo si considera dal punto di vista ontologico, a partire dall'evidente contraddizione di attribuire a chi ancora non esiste, un diritto di essere. Il punto di approdo in questa successiva sentenza del 2012 è al contrario, di riconoscere molto più semplicemente al bambino una volta nato un diritto ad una esistenza dignitosa in nome del quale dar corso alla sua tutela risarcitoria. In quest'ottica, tiene a precisare la Corte, non vi è alcun giudizio di valore⁸⁵, ma semplicemente la possibilità di riconoscere ad un bambino una vita meno disagiata.

⁸⁵ Sul punto Dworkin ritiene che la verità di un valore morale non è determinata da una corrispondenza con la realtà, non può essere cioè dimostrata con le scoperte empiriche. "I giudizi di valore sono veri, quando sono veri, non in virtù di una qualche corrispondenza ma alla luce dell'argomentazione sostanziale che può essere prodotta a loro favore. Il regno della morale è il regno dell'argomentazione, non dei fatti nudi e crudi". R. Dworkin, *Giustizia per i ricci*, trad.it. V. Ottonelli, Feltrinelli, Milano 2013, p.24.

2. Maternità surrogata

Nell'analizzare, quelle che si è soliti definire in ambito giuridico "questioni di bioetica", mi pare riduttivo inquadrarle semplicisticamente in un "caso" perché non si tratta di questo, ma di esistenze, anzi intrecci di esistenze su cui si declina la vita dell'uomo. Se dunque è vero che l'approccio del giurista deve essere quello di guardare alle norme, ai principi, alla validità o all'efficacia della stesse, si rischierebbe di cadere in una fallacia dell'astrazione se non si tenesse in conto che ogni vicenda è legata ad un contesto e quindi ad un'esistenza umana. È interessante notare come l'interpretazione giudiziale, in un ordinamento di *civil law* come il nostro, affronti questioni non disciplinate dalla legge proponendo delle soluzioni e addirittura sollecitando il legislatore ad intervenire. In un'epoca in cui, il progresso scientifico-tecnologico si fa sempre più rapido e inarrestabile, ad essere messe indubbio sono le nozioni di uomo e vita che hanno condotto a questioni irrisolte per le quali si impone al diritto un'ingerenza.

In questa parte della tesi affronto l'annosa questione della cd. maternità surrogata, attraverso un'analisi degli itinerari argomentativi del diritto comparato giurisprudenziale. Confrontando pronunce italiane con quelle di ordinamenti stranieri, quali ad esempio la Colombia, emerge come, sia nei casi in cui esiste un legislazione permissiva, così come nei casi in cui vi è un divieto della stessa o addirittura non vi è alcuna legislazione nascono contraddizioni o lacune.

In alcuni Paesi vi sono delle leggi che proibiscono il ricorso ad alcune pratiche mediche⁸⁶, in altri invece certe pratiche sono ammesse⁸⁷, in altri

⁸⁶ La maternità surrogata è proibita per legge in Italia, Francia, Germania, Australia e Norvegia. In Spagna la maternità surrogata non è proibita, ma è dichiarata nulla dalla legge 14/2006 del 26 maggio *sobre técnicas de reproducción humana asistida* che ha sostituito la precedente normativa (la legge del 22 novembre 1988 n.35). Nell'articolo 10.1 della legge 14/2006 si legge, infatti, che: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".

ancora vi sono vuoti legislativi⁸⁷. Il problema è comprendere fino a che punto una legislazione può risolvere un problema bioetico, o se invece, piuttosto che risolverlo ne crea altri, lasciandoli addirittura incompiuti. Il problema fondamentale quando si è chiamati a valutare una legge, dice Atienza⁸⁹, è guardare al fine che essa intende perseguire e se fa di tutto per raggiungerlo o piuttosto non ne renda ancora più difficile il conseguimento.

Preliminarmente all'analisi delle argomentazioni giurisprudenziali è necessario un chiarimento sulla nozione di maternità surrogata. Si tratta di una fattispecie contrattuale tra due o più parti (normalmente: la madre surrogata e la coppia committente) avente ad oggetto l'obbligazione della donna surrogata di portare avanti un gravidanza con l'impegno di restituire, gratuitamente o dietro pagamento, il bambino una volta nato, alla coppia committente. Per questioni di chiarezza terminologica⁹⁰ è bene specificare che quando si parla di "maternità surrogata" ci si riferisce al caso in cui la donna surrogata presta non solo il suo utero, ma anche il patrimonio genetico; mentre è preferibile discorrere di "utero in affitto" quando il patrimonio genetico impiantato nell'utero della donna appartiene integralmente alla coppia committente.

Da un punto di vista strettamente giuridico il problema si pone in quanto, in particolar modo in Italia, fino all'entrata in vigore della legge 40/2004 la maternità surrogata non era disciplinata da alcuna normativa. Pertanto, si faceva preminente il ruolo del giudice sul quale ricadeva il compito di interpretare la validità e l'efficacia di un contratto siffatto.

⁸⁷ Ad esempio negli Stati Uniti, Canada, Ucraina, Russia e India.

⁸⁸ Belgio, Grecia, Irlanda e Finlandia non è regolamentata dalla legge, ma è molto diffusa.

⁸⁹ M. Atienza, *Bioética, derecho y argumentación*, cit., p.101.

⁹⁰ "Il termine maternità surrogata sembrerebbe implicare che la donna che partorisce non sia la mamma del bambino. Alcuni, per citarne alcuni Rosemarie Tong infatti preferiscono utilizzare il termine maternità a contratto perché renderebbe meglio l'idea dell'accordo tra una donna che accetta di diventare madre biologica e un'altra che può diventare genitore sociale". (a cura di) C. Faralli e C. Cortesi, *Nuove Maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, Diabasis, Reggio Emilia 2005, p.203.

Di particolare importanza fu la pronuncia del Tribunale di Monza⁹¹, *ante* legge 2004, che quindi in presenza di una *vacatio legis* aveva concluso per la illiceità di un contratto di maternità e nullità delle obbligazioni che da esso scaturivano. Questa pronuncia, se pure datata è utile per comprendere un passaggio fondamentale dell'interpretazione giudiziale: se nel 1989, in assenza di una normativa si è reso necessario l'intervento del giudice, oggi, la presenza di un divieto espressamente sancito nella legge n.40 non pare abbia risolto la questione giuridica.

A questo punto sorge un interrogativo: la pratica medica della maternità surrogata è un comportamento illecito che una legge deve assolutamente proibire? Mi pare di poter condividere sul punto la posizione di Atienza⁹² nel ritenere che non sia qualificabile come un comportamento illecito che necessiti di essere vietato. La maternità surrogata infatti, non viola la dignità del bambino perché non viene trattato con crudeltà per il solo fatto di essere generato da un'altra donna, né perde alcun diritto per questo. Ricorrere ad una donna per portare avanti una gravidanza non causa un danno a nessuna delle parti implicate (si pensi alle coppie che pur sapendo di avere figli malformati ne accettano la nascita), questa pratica contrattuale non pare andare contro il principio bioetico di non maleficità (il non arrecare un danno ingiusto ad altri). Ancora, nella contrattazione non pare venga lesa l'autonomia di nessuno, infatti appare ragionevole riconoscere il diritto alla madre gestante di cambiare opinione e decidere di essere riconosciuta come madre legale. Nemmeno, quindi il principio bioetico di autonomia pare subisca lesioni di alcun tipo.

⁹¹ Tribunale di Monza, Sentenza del 27 ottobre 1989, i coniugi Rodigari nel 1984 decidono di ricorrere alla maternità surrogata e stipulano un contratto con una donna algerina in cambio di 15.000.000 di lire. La donna surrogata al momento del parto si rifiuta di adempiere agli impegni assunti ed inizia a ricattare la coppia pretendendo altri soldi per avere la bambina. I coniugi si rivolgono così al Tribunale di Monza che conclude per la illiceità del contratto ma riconoscendo la padre biologico il riconoscimento di figlio naturale ex art.250cc e alla madre committente di ricorrere ad un'adozione particolare ex art. 44 lett. b) della legge n.184 del 1983.

⁹²M. Atienza, *Bioética, derecho y argumentación*, cit., p. 110.

Per Atienza, risolvere un problema bioetico attraverso il diritto è più semplice di quanto non si immagini, basta accogliere la tesi che “il valore della vita umana non è lo stesso in tutte le fasi del suo sviluppo⁹³”. Nessun essere ragionevole potrebbe rifiutarsi di condividere questa tesi. Atienza ritiene che il vero ostacolo, quando si tratta di argomentare in bioetica, è la religione ed in particolare la posizione della Chiesa Cattolica. Le posizioni della Chiesa Cattolica, o meglio le premesse del ragionamento cattolico, continua Atienza, sono irragionevoli, non irrazionali⁹⁴. Nel senso che, accettare la premessa che l’embrione sia una persona, implica un atto di fede che non potrà essere condiviso da tutti i parlanti in un discorso pubblico, ma sarà compreso solo dai credenti. La ragionevolezza nella pratica argomentativa comprende quelle ragioni che normalmente adduciamo in un discorso e che devono essere comprese, ed eventualmente

⁹³M. Atienza, *Bioética, derecho y argumentación*, cit., p.111.

⁹⁴ “Ser razonable suele ser más importante – y más difícil – que ser simplemente racional” in M. Atienza, *La guerra de las falacias*, Libreria Compás, Alicante 2010, p. 215. Quando ci si trova nel contesto della decisione giudiziaria, la ragionevolezza è riferita ai «fini» della decisione e alle ragioni (e non ai motivi) che la ispirano. E le ragioni attengono proprio ai buoni argomenti, orientati ai valori che vertono sulla maniera corretta di vivere, su ciò che sia buono o cattivo per l’essere umano. Insomma quando si parla di ragionevolezza è bene distinguere dalla razionalità perché solo quest’ultima attiene al campo della decisione corretta sotto un profilo logico-deduttivo o rispetto ad un ragionamento giuridico ispirato al sillogismo. La decisione è invece *ragionevole* perché dialogica, argomentativa rispetto alle buone ragioni dell’azione umana e perché agisce “in vista di soluzioni condivisibili”. Cfr. G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 180. Sul canone della razionalità e della ragionevolezza, anche con riguardo alle decisioni giudiziarie, si rimanda anche a M. La Torre, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, I parte pubblicata su “Materiali per una storia della cultura giuridica”, a. XLI, n. 2, dicembre 2011, pp. 495-515; II parte pubblicata su “Materiali per una storia della cultura giuridica”, a. XLII, n. 1, giugno 2012, pp. 123-153. Massimo La Torre ha invece parlato di una ragionevolezza pratica nel senso che “la razionalità come predicato di azioni e di enunciati pratici, vale a dire di enunciati che mirano a dirigere la condotta umana, vale a dire enunciati morali, espressioni di preferenze, formulazioni di norme, giudizi di valore, comandi, decisioni, principi, «politiche» (*policies*), ecc.” M. La Torre, A. Scerbo (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, p. 13. Per MacCormick, invece, il requisito fondamentale della razionalità pratica risiede in “ogni atto o omissione” che “deve essere giustificabile con riferimento a qualche ragione”. N. MacCormick, *I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico*, in N. MacCormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, (a cura di) M. La Torre, Milano, 1990, p. 259. Ancora per Habermas, la ragionevolezza *pratica* può vedersi nella pretesa di giustificabilità degli enunciati predicata da Habermas nella sua teoria discorsiva. Secondo la teoria del discorso di Habermas ogni atto di enunciazione avanza tre pretese: la sincerità di colui che fa l’affermazione; la correttezza linguistica dell’enunciato; la giustificabilità o giustezza dello stato di cose che viene affermato nel contenuto semantico dell’affermazione. J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo*, trad. it. di P. Rinaudo, con intr. di G.E. Rusconi, 2 voll., Il Mulino, Bologna 1986, spec. I vol., pp. 419-420.

accettate, da tutti. Ragioni che siano universalizzabili, circostanza che non ricorre quando si tratta delle ragioni cattoliche che, in una società pluralista come la nostra rischiano di essere comprese solo da pochi⁹⁵.

La maternità surrogata, come già detto, è una pratica vietata nel nostro ordinamento⁹⁶, nonostante questo degne di note mi sono sembrate le poche pronunce giurisprudenziali di merito che si sono succedute fino ad oggi. Le ritengo significative soprattutto con riguardo a quello che è l'obiettivo del mio lavoro che risiede nella dimostrazione di come un orientamento giurisprudenziale, anche in un ordinamento così poco liberale come il nostro, possa incidere su una pratica medica per la quale non vi è una *vacatio legis*, ma addirittura un divieto esplicito. Si tratta di pronunce favorevoli alla trascrizione dei certificati di nascita di bambini nati all'estero ricorrendo alla maternità surrogata.

In ordine cronologico, la prima pronuncia che merita attenzione è la sentenza della Corte d'Appello di Bari del 13 febbraio 2009⁹⁷, una pronuncia ricca di spunti, di riferimenti dottrinali, legislativi e giurisprudenziali, oltre che di fecondo spessore argomentativo.

⁹⁵ Sul punto cfr. M. Atienza, *La guerra de las falacias*, Libreria Compas, Alicante 2010, cit., pp.215-220.

⁹⁶ La maternità surrogata è espressamente vietata dall'art.12, comma 6 della legge n. 40 del 2004: "*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*".

⁹⁷ Corte di Appello di Bari, 13 febbraio 2009, pres. Iacovone, rel. Labellarte

2.1 Analisi del caso (Corte di Appello di Bari, 13 febbraio 2009, pres. Iacovone, rel. Labellarte)

2.1.a Fatto. Iter processuale

Il caso sottoposto all'attenzione di questa Corte prevedeva la possibilità di riconoscere e dunque, di trascrivere in Italia dei *parental order*⁹⁸ resi nel Regno Unito, in forza dei quali veniva riconosciuta ad una donna la maternità surrogata su due bambini. In particolare, una cittadina italiana sposata con un cittadino inglese, veniva sottoposta ad isterectomia, a seguito di una diagnosi di tumore al collo dell'utero. Compromessa così ogni possibilità di diventare mamma, decideva insieme con il marito di ricorrere alla maternità surrogata, consentita in Inghilterra. La coppia ci provava per ben due volte dando alla luce due bambini nel 1997 e nel 2000. In base alla normativa inglese i bambini vengono immediatamente affidati dalla madre biologica a quella committente, riconoscendo a quest'ultima lo *status* di madre legale con ogni più ampia rinuncia da parte della madre biologica a rivendicare diritti sui piccoli. Trasferitisi in Italia e anche a seguito della intervenuta separazione tra i coniugi la madre chiedeva il riconoscimento dei *parental order* in Italia. La richiesta di trascrizione dei provvedimenti parentali veniva respinta dal Comune di Bari perché *nell'ordinamento giuridico italiano non è prevista l'attribuzione della maternità a seguito di un accordo di "surrogazione eterologa di maternità", né è disciplinata alcuna fattispecie analoga*. Per tale motivo la donna decideva di adire la Corte d'Appello con giudizio di unico grado.

⁹⁸ I *parental orders* sono quei provvedimenti che la Family Court emette nei casi di maternità surrogata con i quali viene riconosciuta la maternità o la paternità ai soggetti committenti con il rilascio di un nuovo certificato di nascita del bambino, con relativa indicazione dei nuovi genitori, che andrà a sostituire l'originario.

2.1.b Ragionamento della Corte d'Appello. Interessi in conflitto

Preliminarmente è necessario stabilire come, nel caso di specie, la Corte d'Appello di Bari abbia ritenuto pienamente legittime le sentenze emanate dai giudici inglesi, sulla base del disposto dell'art. 33, co. 1, della l. 218/1995, secondo cui "il rapporto di filiazione è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita". Nel caso in esame, non vi era alcun dubbio sulla cittadinanza inglese dei due bambini acquisita sia *iure sanguinis* dal padre inglese, sia *iure soli* essendo i piccoli nati nel Regno Unito. Quindi i figli avranno come madre quella committente e non quella biologica.

Chiarito questo punto, per la Corte si tratta ora di verificare in prima battuta se il riconoscimento degli effetti di una sentenza straniera non sia contrario al limite dell'ordine pubblico⁹⁹ previsto all'art.16 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato n.218 del 1995¹⁰⁰. Sul punto, i giudici della Corte d'appello attraverso un'argomentazione di tipo formale, orientata cioè al risultato piuttosto che al processo argomentativo¹⁰¹, deducono che la contrarietà o meno all'ordine pubblico *va verificata non già rapportando ai valori di fondo dell'ordinamento che si intende tutelare la sentenza in se stessa (...) ma l'effetto che le sue disposizioni produrrebbero in Italia*. Ciò significa

⁹⁹ Per un'analisi comparativa e in particolare sulla clausola dell'ordine pubblico si è avuta una discussione molto simile sul tema in Spagna. In proposito si veda l'analisi e la valutazione offerta da Atienza a proposito della *Resolución de 18 de febrero de 2009*. Cfr. M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit. pp. 440 e ss..

¹⁰⁰ Legge 31 maggio 1995 n.218, art.16: "La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. 2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana". Art. 64 nella parte che qui interessa: "La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico". Art.65: "Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa".

¹⁰¹ M. Atienza *Diritto come argomentazione*, cit., p.186.

che per la Corte la contrarietà all'ordine pubblico non deriva dall'esistenza di due normative contrapposte (italiana e inglese), ma dal risultato che esso produce ovvero il mancato riconoscimento dello *status* dei piccoli. Inoltre, continua la Corte, vale la pena sottolineare che non si può concludere, per la contrarietà all'ordine pubblico che trova la sua premessa nel fatto che vi sia una normativa (la legge 40/2004) che vieti una determinata pratica. Tanto più che, a ben guardare, all'epoca dei fatti (1997) non vi era ancora alcuna legislazione in merito e ci si trovava in una situazione di *vacatio legis*, per cui alla luce del comb. disp. degli artt. 25 della Cost e 2, del codice penale, nessuno può essere punito per un fatto che non costituisce reato nel tempo in cui fu commesso, quindi i coniugi non possono essere accusati di contrarietà a norme imperative.

A partire da queste dovute premesse la Corte ha ritenuto opportuno richiamare la nozione di ordine pubblico e l'ha fatto ricollegandosi a due pronunce della Corte di Cassazione, sez. lavoro, la sentenza n. 4040 del 2006 per la quale la nozione di ordine pubblico *non può essere individuata esclusivamente sulla base dell'assetto interno...i parametri di conformità all'ordine pubblico internazionale non coincidono con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano...ma devono essere rinvenuti in esigenze (comuni a diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale*. Tale principio di ordine pubblico internazionale *non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato* (Corte Cass. sez. lavoro, 4.5.2007, n.10215). L'uso di precedenti interni al nostro ordinamento unito ad una interpretazione sistematica ha spinto la Corte a concludere ritenendo

che il solo fatto che la legislazione italiana vieti la tecnica della maternità surrogata, e che detta legislazione sia tendenzialmente *ispirata al principio della prevalenza della maternità «biologica» su quella «sociale»*, non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese, e quella greca) che prevedono deroghe a tale principio. Alla luce di un itinerario argomentativo fitto di richiami alla dottrina e alla giurisprudenza non solo italiana, ma anche di diritto comparato, la Corte enuclea il seguente principio di diritto: *la nozione di ordine pubblico internazionale, applicabile nella specie, è più ristretta rispetto a quella di ordine pubblico interno e non coincide con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano, ma deve essere rinvenuta in esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale*. La Corte predilige in sostanza una interpretazione uniforme e teleologicamente orientata ad un fine comune¹⁰², perché quando si parla di diritti fondamentali si adopera un linguaggio universale.

Una volta chiarito il problema della non contrarietà all'ordine pubblico internazionale, il passaggio logico-argomentativo successivo ha riguardato il principio dell'interesse superiore dei minori ad essere riconosciuti quali figli della madre committente con cui vivevano da sempre e per il cui *status* la madre biologica non si era mai opposta. Nella parte narrativa della sentenza, la Corte ha ripercorso un attento *excursus* sulla liceità della maternità surrogata in Italia apportando, in modo quanto mai preciso, contributi della dottrina e della giurisprudenza partendo proprio dall'analisi delle motivazioni fornite dalla prima pronuncia¹⁰³ avuta in Italia sulla maternità surrogata. Il richiamo alle diverse fonti normative internazionali, in particolare la Convenzione sui diritti dell'infanzia del

¹⁰² La Corte predilige un approccio finalista, sul punto si veda M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit. pp. 183- 185.

¹⁰³ Tribunale di Monza, Sentenza del 27 ottobre 1989, cit.

1989,¹⁰⁴ ratificata e resa esecutiva in Italia nel 1991, hanno costituito il ragionevole sostegno¹⁰⁵ alle giustificazioni finali: *in tutte le decisioni relative ai fanciulli/e di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.*

La Corte si serve anche di una fonte comunitaria¹⁰⁶ per dimostrare che, nel profilo della nozione di ordine pubblico internazionale, non può non rientrarvi il superiore interesse dei minori a vedersi riconosciuto il rapporto giuridico di filiazione con la madre in qualunque territorio si trovino, sia in Inghilterra che in Italia.

Considerata la situazione di fatto ed il corrispondente quadro normativo, la Corte ha ritenuto meritevole di accoglimento la domanda avanzata dalla signora. Invero, la Corte ha riconosciuto il suo *status* di

¹⁰⁴ La Convenzione sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York del 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991, in particolare si legga l'art. 3.

¹⁰⁵ Nell'analisi della forma degli argomenti, Toulmin ritiene che vi rientrano una conclusione, dei dati, una garanzia (*warrant*), un sostegno ed un qualificatore. La garanzia è una regola che autorizza il passaggio dai dati alla conclusione, mentre il sostegno costituisca quei dati posti a supporto della garanzia. S. Toulmin, *Gli usi dell'argomentazione*, trad. it. di G. Bertoldi, Rosenberg & Sellier, Torino 1975, p. 92. E ancora I. Testa, P. Cantù, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Mondadori, Milano 2006, p. 9.

¹⁰⁶ L'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003 – direttamente applicabile ai Paesi UE, nel quale si legge che: “Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti:

- a) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;
- b) se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto;
- c) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione;
- d) su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato;
- e) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa nello Stato membro richiesto;
- f) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risieda, la quale soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto;

o

g) se la procedura prevista dall'articolo 56 non è stata rispettata”.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:it:PDF>

madre non solo per la prevalenza accordata al *favor filiationis* che si esplica nel continuare a mantenere il rapporto madre-figli, così come di fatto è sempre avvenuto fin dalla loro nascita; ma anche per garantire il diritto alla libera circolazione delle persone tra i cittadini degli Stati membri dell'UE, sul presupposto che non è possibile immaginare che i due minori si possano trovare nella condizione di vivere due *status* giuridici opposti, a seconda dello Stato in cui si trovino. Questa integrazione argomentativa trova il conforto di una volontà di adeguarsi al dettato della Corte Costituzionale¹⁰⁷ in merito alla protezione dei diritti inviolabili della persona, ed in particolare del minore. Ricorrendo ad una interpretazione adeguatrice della suddetta pronuncia costituzionale, i giudici di Bari ritengono opportuno rivolgere un monito non solo al legislatore ricordandogli di agire sul piano della produzione normativa guardando sempre all'interesse del minore; ma anche, all'interprete che dovrà nell'esegesi del sistema normativo avere sempre quella precomprensione¹⁰⁸ volta a tutelare il rispetto della dignità umana¹⁰⁹.

Il ragionamento della Corte e i suoi percorsi argomentativi raffigurano proprio quella dimensione dialogica ideale in cui si sviluppa l'inesauribile tensione, tra regole e principi, ovvero tra diritto e morale. Vista in questa prospettiva, la pronuncia in esame è un chiaro esempio di quell'“oggettivismo morale minimo”¹¹⁰, che dimostra come “le norme giuridiche da sole sono incapaci di costituire delle ragioni operative per la giustificazione di azioni o decisioni (quali quelle dei giudici)”¹¹¹.

¹⁰⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 347 del 1998, Pres. R. Granata, Red. F. Santosuosso. <http://www.giurcost.org/decisioni/1998/0347s-98.html>

¹⁰⁸ H. G., Gadamer, *Verità e metodo*, (a cura di) G. Vattimo, Bompiani, Milano 1983, p.313 e ss..

¹⁰⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 347 del 1998, cit.

¹¹⁰ C.S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, ed. it. (a cura di) M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1999, ripreso poi nel manuale di M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit. p.47.

¹¹¹ A. Abignente, *Decisioni senza legge. L'individuazione della regola di giudizio tra lacune dell'ordinamento e principi sovraordinati*, in corso di pubblicazione.

2.2 Analisi del caso. (Tribunale di Napoli, decreto del 1 luglio 2011, pres. Imperiali, rel. Sdino)

Una pronuncia successiva a quella della Corte d'Appello di Bari che, se pure segue la stessa linea argomentativa si dimostra significativa per i numerosi spunti di riflessione che offre.

2.2.a Fatto. Iter processuale.

Questa volta si tratta di un decreto emesso dal Tribunale di Napoli in un caso di maternità surrogata a cui però era ricorso un padre, con doppia cittadinanza (italiana e statunitense), chiedendo la trascrizione, nei Registri dello Stato Civile italiano, del certificato di nascita dei due figli. I bambini nascevano ricorrendo alla tecnica della maternità surrogata con l'ausilio della fecondazione eterologa, avvenuta in Colorado dove la pratica è perfettamente legale. Il padre, in qualità di genitore esercente la potestà sui figli, chiedeva al Comune di Barano d'Ischia la trascrizione dei certificati di nascita dei due bambini. Visto il rifiuto da parte dell'Ufficiale civile per contrarietà all'ordine pubblico il signor F. M. adiva con reclamo il Tribunale di Napoli per ivi sentir accogliere i suoi diritti. Il p.m. in accoglimento del reclamo, concludeva con il ritenere che la trascrizione dei suddetti atti in Italia non produce “*alcun effetto inconciliabile con il nostro sistema*”.

2.2.b Ragionamento del Tribunale di Napoli. Interessi in conflitto

I giudici partenopei hanno preliminarmente chiarito l'oggetto di cui si dibatte nel giudizio, precisando come esso non risiede nella “legittimazione *tout court* della fecondazione eterologa”, come atto

prodromo alla maternità surrogata, ma nella "possibilità di dare ingresso in Italia, tramite la trascrizione dei certificati di nascita, alla legge straniera che consente la fecondazione eterologa, ai soli fini del riconoscimento del rapporto di filiazione". E poiché l'unico limite, come abbiamo avuto già modo di analizzare nella precedente sentenza, dato dalla legge sul diritto internazionale privato, è la nozione di ordine pubblico, è a partire da questo punto che si è dipanato il percorso argomentativo maturato dal Tribunale di Napoli.

Sulla falsariga del giudice di Bari, anche il Tribunale di Napoli nell'esaminare la questione si trova di fronte alla necessità di definire l'ordine pubblico, ancora una volta tirato in ballo quale "*valvola di sicurezza*" del nostro ordinamento. L'ordine pubblico viene concepito come "*limite protettivo*" dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Il continuo richiamo ai principi, conduce il Tribunale, nella motivazione del decreto a chiarire la portata degli stessi e della relazione che nasce sul piano argomentativo con i valori. *Sebbene tra valori e principi vi sia una profonda differenza, poiché i primi affermano ciò che è meglio e prendono origine direttamente dalla sfera etica, mentre i secondi contengono le prescrizioni del dover essere ed attengono alla sfera deontologica, vi è anche una profonda compenetrazione tra loro in quanto i principi contengono i valori.* I principi e i valori sono entrambi ragioni per l'azione, ma hanno accezioni diverse. I valori si orientano ad un aspetto valutativo o giustificativo dell'agire e non costituiscono una guida per la condotta¹¹², non guardano cioè all'aspetto direttivo tipico dei principi in quanto solo questi ultimi diventano normativi rispetto all'azione. Il giudice partenopeo, fatta questa dovuta premessa, fa confluire i principi e i valori all'interno della nozione di ordine pubblico perché *valutata dall'interno dell'ordinamento, finisce con il coincidere con i principi fondamentali, mentre nel relazionarsi all'esterno con un altro ordinamento giuridico*

¹¹² M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., pp.226 e ss.

chiama in gioco i valori per giungere, come vedremo, ad un'accettazione della norma straniera o al rifiuto se incompatibile con gli stessi. Da qui il principio, corrisponderebbe alla funzione di impedire il riconoscimento nel nostro ordinamento di norme contrarie all'ordine pubblico ed i valori sarebbero quelli che l'ordinamento è volto a tutelare. Se dunque, l'ordine pubblico è una "clausola fortezza" che impedisce di recepire atteggiamenti fondati su culture e tradizioni completamente diversi, è anche vero che uno Stato che partecipa attivamente alla vita comunitaria e internazionale non può non essere un "ponte" che consente il passaggio e dunque un'apertura ad altri ordinamenti.

A questo modo di ragionare, consegue *l'accettazione o il rifiuto della norma straniera, rectius dei suoi effetti, avverrà sulla scorta di una valutazione di compatibilità o meno con i valori costituzionali e con quelli condivisi con la comunità internazionale e non già con singole norme imperative.*

Quello che il giudice vuole dimostrare nella sua motivazione, mi pare essere, la possibilità di una situazione ideale di discorso in cui tutti i partecipanti (*rectius* gli Stati) possono dividerne le premesse¹¹³.

Ciò implica una lettura costituzionalmente orientata della legge 40/2004 "al fine di verificare quali siano i valori fatti propri dal nostro ordinamento con i quali la norma straniera viene a confrontarsi". Il Tribunale mostra, altresì, di essere consapevole che per la definizione del presupposto fattuale del giudizio è necessario assumere una prospettiva contestuale che guarda, cioè, al contesto "*dei principi costituzionali di cui agli artt. 29, 30 e 31*". Ed è proprio per questa ragione che il giudice partenopeo ritiene insufficiente fermarsi al dato normativo del divieto di

¹¹³ Sul punto si veda J. Habermas, *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano, 1996 e, dello stesso autore, *Etica del discorso*, trad. it. di E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari, 1985. Cfr. anche A. Abignente, *Legittimazione, discorso, diritto: il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003.

fecondazione eterologa, sancito nell'art.4 della legge 40, perché sarebbe riduttivo risolvere il caso di specie riconducendolo semplicisticamente ad una norma di chiara derivazione cattolica. L'accettazione del divieto della fecondazione eterologa implicherebbe, secondo il giudicante, *la condivisione dell'impostazione della cd. bioetica cattolica* in contrapposizione alla concezione laica del nostro ordinamento. Una bioetica laica fa invece, prevalere il c.d. *favor affectionis* (ovvero la preminenza che il dato volitivo assume rispetto a quello biologico), ad esclusiva tutela dei diritti costituzionalmente garantiti del cittadino, nato con fecondazione eterologa ammessa in Paese estero, i cui principi, se non condivisi dall'Italia, devono essere comunque rispettati in nome di quella condivisione dei superiori principi fondamentali della comune civiltà e di tutela del singolo individuo.

A suscitare particolare interesse nella comprensione della portata di questi principi costituzionali è il richiamo ad un precedente giudiziario del medesimo Foro¹¹⁴. Si trattava di un caso di disconoscimento del figlio da parte del padre committente, il cui consenso alla fecondazione eterologa, seppur *non idoneo ad escludere a priori la legittimità dell'azione di disconoscimento*, aveva necessariamente il significato di *condotta socialmente rilevante di assunzione di responsabilità verso una nuova vita*. Sul punto il Tribunale di Napoli sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. nella parte in cui non preclude l'azione di disconoscimento di paternità al padre che abbia acconsentito all'inseminazione eterologa. Con sentenza 26.9.1998 n. 347, la Corte Costituzionale, preso atto della lacuna normativa, nell'invitare *il legislatore ad individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti* enucleava, in considerazione del diritto /dovere di mantenere, istruire ed educare i figli (art.30, co, 1, Cost.), il principio della responsabilità procreativa ovvero

¹¹⁴ Ordinanza del Tribunale di Napoli del 2 aprile 1997.

l'impegno scaturente dalla libera volontà di accogliere un figlio nato da fecondazione assistita. La formulazione di questo principio è stata di enorme importanza se si pensa che esso è stato poi recepito dall'art. 9 della legge 40/2004.

È dunque chiaro come dall'entrata in vigore della legge 40/2004, segnatamente con il divieto di cui all'art. 9, accanto ad una "verità biologica" è nata una "verità legale"¹¹⁵ in attuazione del principio di responsabilità nella procreazione e di rispetto dei diritti e doveri derivanti dalla procreazione stessa. Principi che trovano tutti tutela costituzionale.

Conclusivamente è stato, pertanto, affermato che *la trascrizione dei certificati di nascita dei bambini, nati con la fecondazione eterologa non è in contrasto con l'ordine pubblico ideale poiché, nel nostro ordinamento, il principio guida è quello della responsabilità procreativa finalizzato a proteggere il valore della tutela della prole, principio che è assicurato sia dalla procreazione naturale che da quella medicalmente assistita ove sorretta dal consenso del padre sociale.*

Di conseguenza, scrivono i giudici napoletani, *la produzione degli effetti della normativa straniera (nel caso in esame del Colorado) non collide con i principi costituzionali né con quelli recepiti dalla comunità internazionale alla quale l'Italia appartiene condividendone i valori.*

A questo orientamento giurisprudenziale¹¹⁶ che precede, favorevole alla trascrivibilità dei certificati di nascita di bambini nati all'estero con

¹¹⁵ Secondo Habermas la verità è una: "pretesa di validità che colleghiamo agli atti linguistici constativi..Una proposizione è vera se è fondata la pretesa di validità degli atti linguistici con cui asseriamo quella proposizione attraverso l'impiego di enunciati" R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit. p.84.

¹¹⁶ Nello stesso senso si ricordino anche altre pronunce: Tribunale di Catania, 30 marzo 2013, dott.ssa M. Scavo, e Tribunale di Trieste sentenza del 6 giugno 2013.

il ricorso alla maternità surrogata, segue una posizione di segno contrario. In particolare, giova analizzare una sentenza del Tribunale per i minorenni di Milano¹¹⁷ che in realtà ha ad oggetto una dichiarazione di adottabilità, ma che a noi qui interessa per un interessante passaggio della motivazione.

2.3 Analisi del caso (Tribunale per i Minorenni di Milano 3 agosto 2012, pres. Caroselli, rel. Villa)

2.3.a Fatto. Iter processuale.

Il caso ha ad oggetto sempre una maternità surrogata questa volta però avvenuta in India. I genitori (committenti) avevano chiesto che il certificato di nascita indiano venisse trascritto nei registri dello Stato Civile di Milano. In seguito ad alcune perplessità (sulla tecnica procreativa), espresse dal Consolato d'Italia in India era stata sospesa la trascrizione del certificato da parte dell'Ufficiale di Stato civile di Milano e, all'epoca dei fatti, il minore risultava ancora non riconosciuto da parte dei genitori. Intanto, su ricorso del Pubblico Ministero era stato instaurato avanti al Tribunale per i Minorenni di Milano un procedimento per ottenere la dichiarazione di adottabilità del minore laddove il padre sociale (anche genetico), non avesse provveduto al riconoscimento del piccolo.

¹¹⁷ Nello stesso senso una sentenza del Tribunale di Forlì del 25 ottobre 2011.

2.3.b Ragionamento del Tribunale per i minorenni di Milano. Interessi in conflitto.

Si legge nella motivazione che i supposti genitori erano *entrati in Italia con certificato di nascita che, seppur contenente dati difformi dal vero e contrari all'ordine pubblico, erano invece conformi a quanto previsto dalla legislazione indiana...* Quindi, nonostante il certificato fosse validamente emesso da uno Stato straniero, il Comune di Milano non ne aveva riconosciuto la validità ai fini della trascrizione. Il giudice dei minori ha concluso pronunciando una sentenza di non luogo a provvedere sullo stato di adottabilità del minore sulla base delle relazioni del servizio Sociale e dell'Asl.

Quello che a noi interessa non è tanto la *quaestio facti* quanto un punto nodale della narrativa: il decreto n. 1248/12 RG/E pubblicato il 4 maggio 2012 con cui il giudice minorile di Milano ha autorizzato l'impugnazione del riconoscimento effettuato dalla madre sociale *posto che, quale che sia la legislazione indiana (come si è evidenziato il consolato è incerto sul punto e i genitori nulla hanno prodotto) il riconoscimento effettuato dalla madre è stato ritenuto contrario ai principi di ordine pubblico ai sensi dell'art 16 della L. 218/1995 che non consente l'applicazione della legge straniera se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico*. In particolare, il Tribunale ha ritenuto il riconoscimento e la sua trascrizione palesemente contrari non solo ai principi desumibili dall'art 269 c.c. (che presuppone che madre sia colei che ha partorito il minore), ma anche rispetto ai fini tutelati dalla legge n. 40/2004. Al riguardo il Tribunale si è pronunciato per la non trascrivibilità dei certificati adducendo le seguenti motivazioni:

- contrarietà al dettato normativo dell'art. 269 c.c. per il quale è madre colei che ha partorito il minore, dunque la madre committente non avendo in questo caso donato i suoi ovuli non può dirsi madre;

- contrarietà all'art. 12 della legge 40/2004 che espressamente vieta e punisce con la reclusione e la sanzione chiunque ricorra alla maternità surrogata.

Finanche il riconoscimento dello *status* di madre del piccolo (non quello paterno in quanto il padre aveva donato il suo seme) viene ritenuto contrario all'ordine pubblico. *La contrarietà ai principi di ordine pubblico (dovendosi applicare la legislazione nazionale trattandosi di minore riconosciuto da cittadini italiani ex art 33 l. 218/85 come puntualmente osservato dal curatore) è altresì ricavabile dalla normativa sull'adozione posto che il minore è nato da ovulo di altra donna e partorito da altra donna ancora che non ha inteso essere nominata nell'atto di riconoscimento. La situazione pertanto non è in nulla difforme da una adozione di minore partorito da altra donna, con la differenza che, formandosi l'atto di nascita con le modalità scelte dalla coppia, si finisce per occultare le origini adottive del minore. Tutto ciò è avvenuto in violazione della normativa sull'adozione nella quale si richiedono alcuni presupposti che la coppia pacificamente non possiede, quale lo stato di coniugio, ma in particolare la differenza di età, nel caso di specie palesemente violata da entrambi i genitori (art 6.3 l. adoz. "L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando", nel caso di specie la differenza è di 47 anni per il padre ed addirittura di 53 per la signora YY).*

In questa vicenda è palese come l'imputazione ricada solo sulla madre sociale, pretermessa dal proprio ruolo nonostante il divieto di anonimato della madre sancito dall'art. 9 della legge 40/2004. La violazione della surrogazione di maternità (se di violazione può parlarsi quando la condotta viene perpetrata in uno Stato estero in cui è lecita e tale condotta non è prevista dal nostro art. 7 c.p.) penalizza la madre committente, la cui volontà procreativa non rileva e che incorre

(incolpevolmente, quindi) nel divieto di non essere menzionata come madre del minore (art.9 l.40/2004).

Non possiamo esimerci dal rilevare che se queste sono le premesse argomentative, la conclusione del ragionamento non può che portare ad una discriminazione di genere. Se in Italia, infatti, il padre sociale può essere padre anche solo per atto volontaristico (perché può non intervenire nella fecondazione dell'embrione quando viene rimandata ad un donatore) allora questa possibilità deve essere concessa anche alla madre sociale nonostante l'art. 269 c.c.

Ad avvalorare la parità di genere nella procreazione surrogata interviene anche l'art. 9 l.40/2004 secondo il quale la madre sociale non può dichiarare la volontà di non essere nominata nella fecondazione.

Nessun essere ragionevole potrà negare che la madre è colei che porta in grembo un bambino e lo partorisce, tuttavia quando si tratta di maternità a contratto non si può negare che le cose cambino. Specialmente se si tratta di una contrattazione conclusasi in uno Stato estero, ove la maternità surrogata è legale, e dal quale la donna sia rientrata in Italia con il piccolo, frutto della propria volontà procreativa. In questo caso lo *status* di madre, acquisito in territorio straniero, non può essere soggetto al vaglio di un altro Stato o disconosciuto perché ad esempio in Italia si è madri solo se si partorisce. Se ciò fosse possibile, significherebbe violare il rispetto dei principi di un altro Stato e andare contro i principi condivisi dalla comunità giuridica internazionale. Non avrebbe senso espropriare la madre sociale di un diritto, quello ad essere madre di un bambino che lei non ha partorito, ma che la legge le riconosce. Un diritto che lo Stato estero le ha riconosciuto legittimamente e che l'ordinamento nel quale si chiede la trascrizione lo vieti privandola del diritto alla responsabilità procreativa a danno dell'interesse superiore del minore.

Certo non pare possibile andare contro il dettato normativo che all'art. 269 c.c. impone di considerare la madre come colei che partorisce, ma non bisogna dimenticare quanto abbiamo analizzato nella pronuncia della Corte d'appello di Bari piuttosto che in quella del Tribunale di Napoli: la tutela dei principi costituzionali e dei valori comuni agli ordinamenti internazionali.

2.4 Analisi del caso. (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-968/09)

2.4.a *Fatto*¹¹⁸.

Salomón e Raquel sono una coppia sposata residente in Massachusetts negli Stati Uniti d'America che, non potendo avere figli, si rivolgeva ad una donna colombiana, la signora Sarai, stipulando in forma orale una maternità a contratto¹¹⁹ dietro corrispettivo di una somma mensile fino alla gravidanza e una più congrua, al momento della nascita del bambino.

Il primo tentativo avvenuto tramite la fecondazione in vitro per mezzo del dottor Marco Julio Velásquez, utilizzando gli ovuli della signora Raquel e il seme del signor Salomón, risultava vano. A questo punto, visto il fallimento della fecondazione in vitro, Sarai riteneva il contratto terminato. Senonchè dopo poco tempo, la donna veniva contattata telefonicamente dal signor Salomón che desideroso di avere un figlio, le proponeva un incontro in Colombia. Sarai spiegava al giudice che in questo frangente i due avevano avuto una relazione e che addirittura Salomón avrebbe provato ad

¹¹⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

¹¹⁹ La nozione di maternità a contratto è da preferire alla maternità surrogata cfr. (a cura di) C. Faralli e C. Cortesi, *Nuove Maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, cit., in una nota, p. 203.

avere naturalmente con lei un figlio, in cambio di una prospettiva di vita economicamente migliore, circostanza che il signor Salomón in sede giudiziale negava essere mai avvenuta.

Al contrario, Salomón sosteneva che su consiglio del dottor Velasquéz si erano recati in un altro centro colombiano come due sposi che non riuscivano ad avere figli per i continui viaggi di lavoro del marito; che la donna accettava e rimanendo incinta, dava alla luce due gemelli.

Pur avendo il signor Salomón ottemperato al suo obbligo di mantenimento della madre surrogata, la donna nascondeva alla coppia statunitense l'avvenuto parto. Inoltre, la donna fece registrare i piccoli con i suoi due cognomi. Nello stesso anno del parto, l'Istituto per il benessere della famiglia colombiano toglieva l'affidamento dei minori alla donna surrogata perché la casa dove viveva con i figli si trovava in un quartiere pericoloso e con precarie condizioni igieniche, affidando temporaneamente i gemelli ad una zia paterna. La madre biologica visitava periodicamente i bambini nella casa della zia paterna che la riconoscevano come madre. Da questo momento il signor Salomón, che nel frattempo aveva interrotto la corresponsione di danaro, iniziava un'azione giudiziale dinnanzi al Juzgado Décimo de Familia de Cali (Colombia) chiedendo l'allontanamento definitivo dei figli dalla madre biologica, nonché il riconoscimento della patria potestà.

2.4.b Iter processuale

Si rende necessaria una esemplificazione delle diverse pronunce che si sono succedute:

- **29 agosto 2008 (prima sentenza¹²⁰): Juez de Familia de Cali**
concedeva al padre il permesso di portare i bambini negli Stati Uniti

¹²⁰ Nella prima sentenza si legge: “(...) entre Salomón y Sarai, existió un contrato, en donde el objeto de dicho contrato era la maternidad subrogada o alquiler de vientre, en donde ella

con il diritto di visita per la madre surrogata *Vs* questa pronuncia la madre surrogata proponeva azione di tutela dinanzi al ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia*** che si pronunciava con sentenza del 10 dicembre 2008 ordinando al ***Juez de Familia de Cali*** di revocare ed emettere una nuova sentenza nel termine di 15 giorni.

- **Juez de Familia de Cali** non revocava il provvedimento nei 15 giorni, ma lo faceva il 7 luglio 2009 (**seconda sentenza**¹²¹), solo quando gli veniva notificato l'*incidente de desacato*¹²², e comunque senza pronunciarne una nuova.

- Così il **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, fu costretto a sanzionarlo e ad invitarlo nuovamente a pronunciarsi.

- La nuova sentenza veniva finalmente emessa dal ***Juez de Familia de Cali*** l'8 settembre 2009 (**terza sentenza**¹²³) *Vs* questa pronuncia stavolta è Salomón ad agire con azione di tutela per violazione del giusto processo.

permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resulte de la fecundación a la pareja que él tiene formada con Raquel. (...) // Lo que es objeto de discusión es el por qué si SARAI hizo un contrato verbal con el señor SALOMÓN, por el cual recibió una alta suma de dinero, en donde se le dio la oportunidad de una afiliación a una EPS, de recibir un tratamiento adecuado y de recibir otros beneficios, decide finalmente quedarse con los niños, no permitir ni siquiera que el demandante escogiera los nombres de sus bebés (sic); no permitirle que inicialmente los pudiera registrar con su apellido, no permitirle las visitas y en últimas desconocerle los derechos al señor SALOMÓN”.

¹²¹ Con este fallo revocó el permiso de salida del país de los menores, que había concedido mediante sentencia 395h del 29 de agosto de 2008, en cumplimiento de la providencia proferida el 10 de diciembre de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que le ordenó dictar una nueva.

¹²² El incidente de desacato, es como un recurso que se presenta ante el juez superior por inejecución de una orden del judicial. En el caso de la sentencia colombiana, la señora Sarai presenta recurso porque el juez de Cali no ejecutaba lo ordenado en la apelación de la acción de tutela.

¹²³ El Juez Décimo de Familia de Cali negó el permiso de salida del país de los menores, pero esta vez, con “base en los puntos expresamente señalados en el fallo que concedió la tutela a favor” de la madre (sentencia del 10 de diciembre de 2008 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia).

- Il *Juez de Familia de Cali* gli concedeva tutela con la sentenza del 13 ottobre 2009 (quarta sentenza¹²⁴). Sentenza, quest'ultima, che fu definitivamente revocata dalla *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, il 4 novembre del 2009.

Restarono, quindi in vigore la prima e la terza sentenza perché le altre due furono revocate.

- La Corte Constitucional de Colombia si pronunciava il 18 dicembre 2009 ravvisando come la sentenza del 29 agosto 2008 non avesse mai avuto concreta attuazione, persistendo la violazione dei diritti fondamentali dei bambini ad avere una famiglia, cura e amore, e senza che l'intervento dell'assistenza da parte delle autorità giudiziarie coinvolte fosse servito a ripristinare i loro diritti costituzionali.

2.4.c Ragionamento della Corte Constitucional de Colombia. Interessi in conflitto.

La Corte Costituzionale Colombiana è intervenuta difendendo il diritto dei bambini ad avere una famiglia e a non essere separati dalla stessa, nonché il diritto di una madre ad avere un giusto processo per essersi vista privata dei suoi figli.

A giudizio della Corte Costituzionale, il *Juez de Familia de Cali* è addivenuto a quella decisione (prima sentenza) semplicemente sulla base delle seguenti ragioni: il pregiudizio del Juez de Cali nei confronti della madre surrogata; un rapporto redatto dall'Istituto colombiano per la tutela

¹²⁴ En esta oportunidad del Juez Décimo de Familia de Cali volvió a negar el permiso de salida del país de los menores, pero con un nuevo argumento, el de la ineptitud sustantiva de la demanda, a pesar de que en su concepto, el análisis detallado de las pruebas que obran en el proceso “llevan a que la balanza se incline a favor del señor Salomón”. Ver punto 6.5. de la presente sentencia.

della famiglia, fonte di livello inferiore, dal quale si evincevano le pessime condizioni di vita e la difficoltà economica della donna di tenere i due gemelli; l'inadempimento della donna di una obbligazione scaturente da un contratto redatto in forma orale.

La Corte Costituzionale Colombiana, pertanto ha ritenuto fondamentale, nell'intervenire a favore della madre surrogata, agire in vista di un interesse superiore¹²⁵ quello del minore ad essere riconosciuto come soggetto attivo nella vita giuridica.

La giustificazione di queste sue conclusioni trova fondamento giuridico nell'analisi dei seguenti punti nodali:

- Il richiamo ai precedenti della giurisprudenza costituzionale relativi ai bambini come soggetti di protezione speciale;
 - la valutazione dei criteri giuridici per determinare l'idoneità del gruppo familiare, anche in relazione all'intervento dell'Istituto sociale colombiano;
 - disconoscimento dell'interesse superiore del minore da parte del Juez Décimo de Familia de Cali.
- ***“El principio del interés superior del menor”: i diritti dei minori prevalgono sui diritti degli altri.***

¹²⁵ En sentencia T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) se señaló al respecto lo siguiente: “El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. || “Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes”.

La questione posta all'attenzione della Corte Costituzionale attiene *in primis* alla condizione giuridica dei minori quali soggetti di particolare protezione. Il giudice costituzionale è chiamato a pronunciarsi sulla meritevolezza dell'interesse superiore dei minori. Nell'ambito delle disposizioni normative rinvenibili nell'ordinamento colombiano è riscontrabile un'espressa tutela nell'*artículo 44*¹²⁶ della *Constitución política de Colombia*. L'esistenza di un diritto alla protezione e all'assistenza dei minori da parte della *familia*, della *sociedad*, nonché dello Stato trova la sua più ampia giustificazione per la giurisprudenza costituzionale colombiana in tre ragioni principali: 1) nella condizione di fragilità dei bambini rispetto al mondo; 2) nella volontà di promuovere una società democratica ove le persone conoscano e rispettino i principi di *libertad, igualdad, tolerancia e solidaridad*; 3) nella prospettiva di risolvere il *deficit* di rappresentanza politica, non potendo i bambini partecipare ai dibattiti legislativi.

La Corte Costituzionale Colombiana ha voluto precisare come la protezione speciale di cui godono i bambini e la prevalenza dei loro diritti su quella degli altri, così come si evince chiaramente dal dettato dell'art. 44 della Costituzione colombiana, rappresentano *verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral,*

¹²⁶El artículo 44 così recita : “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”.

*intelectual y espiritual;*¹²⁷ *entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico*¹²⁸. Questo trattamento preferenziale dei bambini considerati come interessi meritevoli di tutela non costituisce una novità nella normativa internazionale, basti ricordare la Dichiarazione Universale dei diritti umani. Da un punto di vista analitico, vale la pena soffermarsi sulle diverse fonti nazionali ed internazionali a cui la Corte si riferisce per giustificare come, il riconoscimento dell'interesse del minore quale principio sovraordinato, non costituisca una novità.

Il *Código de la Infancia y la Adolescencia* ha definito l'interesse superiore dei bambini, delle bambine e degli adolescenti come *el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*. Nello stesso senso, la *Convención sobre los Derechos del Niño*¹²⁹, dispone all'articolo 3, co 1, che *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*; e all'art. 3, co. 2, stabilisce che *los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los*

¹²⁷ Sentencia C-019 de 1993 (MP. Ciro Angarita Barón).

¹²⁸ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-968/09.

¹²⁹ Si tratta della Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in data 20 novembre 1989 che, all'art. 3 così dispone: “*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.*”

1. *Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati.*
2. *Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo”.*

*derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Ancora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenuto che en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor.*¹³⁰ La Corte, dunque, sente forte il bisogno nel suo procedere argomentativo di riferirsi a fonti normative che possano essere da sostegno nell'enunciazione del principio di diritto.

Invero, la Corte Colombiana ha ritenuto importante sottolineare che quando si parla di interesse superiore dei bambini non si tratta di un'entità astratta, priva di legami con la realtà concreta, su cui formulare regole generali di applicazione meccanica. Al contrario, il contenuto di tale interesse è di natura reale e relazionale, può essere fatto valere solo tenendo nella dovuta considerazione le circostanze individuali “uniche” e “irripetibili” che caratterizzano il singolo bambino, che in quanto soggetto degno deve essere protetto dalla famiglia, dalla società e dallo Stato con tutta la diligenza richiesta dalla sua situazione personale¹³¹. Questo riferimento argomentativo, nel rendere ragionevole e giuridicamente corretta la decisione, coinvolge una serie di problematiche giusfilosofiche e di teoria del diritto di enorme rilievo. Sul piano applicativo, sostiene la Corte, il principio (l'interesse superiore del minore) non è una regola generale e astratta che trova applicazione sussuntiva tipica della logica

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002.

¹³¹ A tal proposito si legga il testo della sentenza in esame: “...*el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepitibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal*”.

deduttiva standard¹³² ma va, dunque bilanciato con altrettanti principi ad esempio, quello della dignità del bambino quale essere “unico” e “irripetibile”. In una prospettiva dunque lontana dalle coordinate giuspositivistiche, la Corte, ancora una volta come già avvenuto per la giurisprudenza italiana, rinvia ad una ragionevolezza del diritto¹³³ che incorpori oltre alle ragioni istituzionali¹³⁴ necessariamente ragioni morali. Di conseguenza, i giudici nel decidere controversie in cui siano in gioco interessi dei minori devono necessariamente attenersi ai principi costituzionali promuovendo, sempre ed in ogni caso, l’interesse del minore nell’effettuare un’attenta ponderazione delle circostanze di fatto che riguardano il bambino nel contesto specifico.

La Corte consapevole della difficoltà in caso di bilanciamento¹³⁵ con altri principi, altrettanto meritevoli di tutela, ha enucleato delle regole costituzionali a cui attenersi nella scelta del principio che maggiormente tuteli l’interesse del minore:

- *Garantía del desarrollo integral del menor* la garanzia dello sviluppo integrale del minore ossia dal punto di vista psicologico, affettivo, etico.
- *Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.*

¹³² Quando siamo nel campo della logica deduttiva ci troviamo fuori “da ciò che significa argomentare”. La logica “si caratterizza per una certa *rigidità* che va contro le nostre intuizioni, nel senso che, almeno nella maggior parte dei contesti di argomentazione, -e certamente nel Diritto-, il modo in cui ragioniamo non è, per esempio, monotono: nell’introdurre nuove premesse-nuova conoscenza-andiamo a modificare-eliminando-le conclusioni”. M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., p.125.

¹³³ M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 562 e 564.

¹³⁴ Le ragioni istituzionali sono quelle che hanno a che fare con la certezza del diritto e che” finiscono per coincidere abbastanza con quello che Fuller chiamava <<moralità interna del diritto>>” M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., p.253.

¹³⁵ È possibile affermare che lo strumento del bilanciamento dei principi stia progressivamente acquisendo un ruolo sempre maggiore tra le tecniche interpretative utilizzate dai giudici, come dimostrano i numerosi provvedimenti giurisprudenziali (es. Sentenza della Corte Costituzionale n.180 del 1994).

- *Protección del menor frente a riesgos prohibidos.*
- *Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.*
- *Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.*
- *Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales:* il solo fatto che un bambino possa godere di migliori condizioni economiche non giustifica l'allontanamento dalla famiglia biologica, devono piuttosto esistere motivi più forti che attengano al pieno sviluppo del bambino per spingere lo Stato ad intervenire in questo senso¹³⁶.

L'interesse superiore del minore avrebbe, dunque, da un lato una funzione normativa nell'operare come principio giuridico garantista che stabilisce il dovere statale di privilegiare i diritti dei bambini di fronte ad altri diritti e interessi collettivi; dall'altro, la sua funzione sarebbe quella di risolvere i conflitti tra i diritti dei bambini, privilegiando quelli appartenenti alla sfera dell'interesse superiore dei minori.

Vale la pena ricordare a questo punto, che la Corte individua un concetto di interesse del minore vicino al dettato normativo dell'art. 3 della Convenzione Onu, secondo il quale ogni decisione deve essere presa tenendo in conto il prioritario benessere del bambino. In questo senso il bambino viene inquadrato quale essere “unico” e “irripetibile”, e l'interesse del minore avrà la valenza di una vera e propria categoria giuridica. Se

¹³⁶ Se così non fosse si correrebbe il rischio di essere complici di una discriminazione familiare esclusivamente sul piano economico. Chiarificatrice sul punto l'art.22 del Código de la Infancia y la Adolescencia: “*Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella - un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta*”. Asimismo, lo dispone el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

questo è vero, può però esserci chi ritiene difficoltoso, se non addirittura ambiguo, valutare ciò che è bene da ciò che non lo è, sfociando nella più ampia discrezionalità¹³⁷ interpretativa che si sottrae a qualunque onere dell'argomentazione¹³⁸. Questo secondo modo di intendere l'interesse del minore lo allontana da qualunque connotazione giuridica, fornendo piuttosto la possibilità ai giudici di chiamarlo in causa quale “valvola di sicurezza” per ottenere una decisione piuttosto che un'altra. Questa avrebbe potuto essere una critica rivolta alla sentenza colombiana se il giudice costituzionale nella sua feconda argomentazione non si fosse preoccupato di delineare in modo analitico i criteri per la valutazione e dunque il riconoscimento di quell'interesse dei minori, quale interesse superiore.

Un'altra questione non meno rilevante che merita attenzione è di tipo terminologico, ma di forte impatto giuridico per le conseguenze che esso determina. Mi riferisco alle nozioni di diritto e di interesse. Più volte la Corte fa riferimento a questi due concetti giuridici indistintamente *la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido* piuttosto che la possibilità di *tener en cuenta los derechos e intereses*. Vi è di più l'interesse superiore del minore equivale, sostiene la Corte, al suo diritto ad avere una famiglia e a non essere abbandonato. Distinguerli è questione di non poco conto. Il giudice dovrebbe nel suo ruolo giurisdizionale, dapprima individuare il diritto e poi indicare i criteri di tutela dello stesso; per questo il diritto precede l'interesse e non coincide con esso. L'interesse indica la direzione di tutela di un certo diritto, è quindi teleologicamente orientato ad un fine e non è garantito dal giudice, ma è lasciato ad un margine di discrezionalità dipendente dai valori condivisi dei giudici. (*un margen de discrecionalidad importante para evaluar*).

¹³⁷ Per Barak la discrezionalità del giudice si ha “quando un giudice interpreta una legge dal linguaggio vago, oscuro e polisemico, dà realtà ad una possibilità legittima già insita nel testo , proclamando con ciò il diritto”. A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit., p.107.

¹³⁸ La regola dell'onere dell'argomentazione ha il carattere del principio di inerzia di Perelman per il quale “un'idea che è stata accettata una volta non può essere abbandonata di nuovo senza una ragione sufficiente”. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p.135.

- *L'idoneità della famiglia e il disconoscimento da parte del Juez
Décimo de Familia de Cali dell'interesse superiore del minore*

L'art. 42 della Carta Constitucional considera che la famiglia si costituisce *por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*. Questo concetto di famiglia legata al vincolo matrimoniale non può per la Corte Colombiana, in una società pluralista, ritenersi escludente di qualunque altra tipologia familiare. È anche vero, però che recentemente il *Consejo de Estado*, con sentenza del 2 settembre del 2009,¹³⁹ ha stabilito che la famiglia non è solo quella costituita da un matrimonio, ma anche quella di una coppia che vive insieme perchè quello che conta è come sempre la possibilità di dare ai bambini tutte le attenzioni, le cure e l'amore necessario. Il diritto dei bambini ad avere una famiglia e a non essere separato dalla stessa, per la giurisprudenza costituzionale, è strettamente connesso al loro diritto di ricevere amore e attenzioni per potere vivere una vita "degnata di essere vissuta"¹⁴⁰. La Corte ha precisato che la famiglia è una condizione necessaria per la garanzia e la tutela di quelli che non esita a definire diritti fondamentali dei minori. Tale orientamento aveva già trovato pieno accoglimento in un precedente della stessa Corte che conclude consacrando *el derecho inalienable de los niños - aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores. La Corte no vacila en calificar de*

¹³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, MP. Enrique Gil Botero, Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Citada en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

¹⁴⁰ M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, trad. it. di W. Mafezzoni, Il Mulino, Bologna 2001.

fundamental este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política.¹⁴¹

Pertanto, la condizione di miseria e di degrado dell'abitazione, o l'assenza di una educazione elementare non paiono, a giudizio di questa Corte, giustificative della misura preventiva adottata dal giudice ovvero l'allontanamento dei figli. Infatti, per la Corte *ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño.* In altri termini, la Corte ha scardinato l'impianto argomentativo del *Juez de Familia de Cali* che ha emesso un provvedimento contrario al principio di uguaglianza. Come è ovvio, valutare l'idoneità di una famiglia sulla base della ricchezza o della povertà della medesima è innegabilmente indice della contrarietà sul piano giuridico ad un principio, quello di uguaglianza costituzionalmente garantito; e sul piano etico una difficoltà nel comprendere la differenza di amore in base ad un dato meramente patrimoniale. Ancora, continua la Corte, le motivazioni addotte dal giudice di Cali soffrono di un pregiudizio

¹⁴¹ Sentencias T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

nei confronti della signora Sarai definita moralmente, affettivamente ed economicamente non in grado di ricoprire il ruolo di madre. Il pregiudizio ha offuscato il giudice dal considerare preminente l'interesse dei minori, mettenendolo così in secondo piano.

L'altra questione, avanzata dal Giudice di Cali e non condivisibile dalla Corte, è il minor diritto che la madre avrebbe rispetto al padre di tenere i figli sulla base del fatto che inizialmente la donna aveva accettato inizialmente una maternità surrogata, dietro corrispettivo. Invero, secondo il ragionamento del giudice di Cali, la donna che si trovava in difficoltà economiche avrebbe acconsentito al fine di migliorare la propria condizione di vita. Dimentica, però, il giudice di considerare che il signor Salomòn era pienamente consapevole della situazione economica della signora Sarai e che quando l'ha scelta come madre di suo figlio questa cosa non pareva costituire un problema.

Date queste circostanze la Corte, ha ritenuto di poter concludere per l'inesistenza di circostanze che giustifichino l'allontanamento dei minori dal luogo familiare, alla luce anche del tentativo, perpetrato dalla donna, di cambiare casa perchè fosse un luogo più salubre per i bambini; nonchè per la sussistenza della violazione dell'interesse dei minori.

- *Conclusioni argomentative*

La sentenza in commento, nel tentativo di destituire la decisione del Juez de Familia de Cali, non può prescindere dall'uso di regole di transizione¹⁴² che gli consentono di passare dal piano del discorso giuridico a quello del sapere scientifico con l'adozione del linguaggio medico-specialista che lo caratterizza. Ciò significa che, le regole di transizione

¹⁴² Alexy definisce le *regole di transizione* come quelle regole che servono "per formulare ipotesi ragionevoli". Si ricorre ad esse quando "i parlanti si trovano d'accordo sulle premesse normative, ma disputano, invece, sui fatti". Cfr. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, (a cura e con uno scritto di) M. La Torre, presentazione di L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 1998, p. 163.

consentono di passare a forme di argomentazione diversa durante un discorso pratico-giuridico e quindi si apprezzano nella risoluzione di questioni di fatto, problemi linguistici, o di comprensione che non possono essere chiariti sul piano argomentativo. La Corte, pur consapevole della difficoltà di questo compito, si mostra ben erudita nella esegesi attenta della maternità surrogata: *el alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste*¹⁴³. *En este evento, la mujer que gesta y da a luz, no aporta sus óvulos*¹⁴⁴. *Las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulo y esperma. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.*

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios sus hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre.

¹⁴³ Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

¹⁴⁴ *Si lo aportara estaríamos frente a la hipótesis de la mujer que se compromete a entregar su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, la cual si está prohibida en nuestro ordenamiento por constituir trata de seres humanos.*

Va infine ricordato, che nell'ordinamento giuridico colombiano la maternità surrogata non è disciplinata da nessuna normativa, ma nemmeno proibita. La Corte Colombiana, infatti, più volte nella parte narrativa della sentenza, sottolinea l'esigenza di una regolazione *exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones* della materia. È proprio il vuoto normativo a costituire la causa, secondo la Corte, della questione di fatto che qui ci occupa e che ha condotto a prendere decisioni lesive dei diritti fondamentali. Ancora una volta, è la voce della giurisprudenza a sollecitare un "agire" da parte del legislatore regolando la materia *para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas*.

Sulla base di tutte queste premesse, dei fecondi richiami ai canoni interpretativi, alla dogmatica, nonché ai precedenti giurisprudenziali, la Corte spiazza, però, con la sua conclusione: nel caso *de quo* non si tratta di maternità surrogata, nè di utero in affitto. Tale conclusione trova fondamento nella circostanza non giuridica, ma fattuale che la signora Sarai ha utilizzato i suoi ovuli e dunque è proprio lei ad essere la madre biologica dei bambini. Pertanto, se davvero come dice Salomón, non vi è stata alcuna relazione, si tratterebbe del mero ricorso alla fecondazione in vitro.

Per questi motivi ed in applicazione dei criteri espressi dalla giurisprudenza costituzionale, il padre dovrà portare i bambini in Colombia almeno tre volte all'anno e sostenere tutte le spese che li riguardano. Inoltre, il riavvicinamento dei figli alla madre dovrà avvenire gradualmente anche con l'aiuto dell' Instituto Colombiano *de Bienestar Familiar* al fine di garantire ai bambini il dovuto sostegno morale e psicologico.

2.5 Crystal Kelley: il caso che divide l'America.

2.5.a Fatto¹⁴⁵

Nel 2011, Nello Stato americano del Connecticut, Crystal Kelley, madre single, in difficoltà economiche, decideva di affidarsi ad un'agenzia di madri surrogate. Poco tempo dopo veniva contattata da una coppia desiderosa di avere un figlio. La madre surrogata e la coppia stipulavano un vero e proprio contratto che prevedeva l'affitto dell'utero della signora Kelley verso il pagamento del corrispettivo del prezzo di 22.000 dollari. La donna affittava il suo utero, acconsentendo all'impianto di un embrione congelato della coppia¹⁴⁶.

Al quinto mese della gravidanza un'ecografia rivelava gravissime malformazioni¹⁴⁷ del feto.

A questo punto i genitori committenti comunicavano alla donna la loro volontà di abortire per evitare atroci sofferenze alla bambina. Ma Crystal si opponeva e decideva di portare a termine la gravidanza.

I coniugi decidevano quindi di adire le vie legali: l'avvocato Fishman che seguiva la coppia scriveva alla signora Crystal: *"You are obligated to terminate this pregnancy immediately. You have squandered precious time."* e ricordava alla signora Crystal che il contratto di surrogazione la obbligava all'aborto *"in case of severe fetus abnormality."* Avvisava la signora che in caso contrario – di prosecuzione della gravidanza – i coniugi avrebbero preteso la restituzione di quanto già pagato – circa 8.000 \$ — oltre le spese mediche e legali sostenute.

¹⁴⁵ <http://ethicsalarms.com/2013/03/05/in-connecticut-a-surrogate-mother-triggers-an-epic-ethics-train-wreck/>

¹⁴⁶ Anche se, in seguito si scoprirà che in realtà l'ovulo non era la madre committente ma era stato comprato da una donna che è rimasta anonima.

¹⁴⁷ Per l'esattezza si scopre inizialmente con una normale ecografia che la bambina nascerà con labbro leporino, palatoschisi, una cisti cerebrale, difetti cardiaci gravi e altri disturbi. Un accertamento più approfondito, un sonogramma confermerà le malformazioni, con la previsione che la piccola avrebbe avuto «il 25% delle probabilità di condurre una vita normale».

Nonostante la ferma volontà dei coniugi, la signora Crystal rifiutava di abortire. Di fronte alla sua strenua resistenza, i genitori biologici si convincevano ad evitare l'aborto rivendicando, però il diritto ad affidarla, una volta nata, allo Stato. Anche questa decisione non convinse Crystal che decideva quindi di rifugiarsi in un altro Stato, il Michigan, ove la maternità surrogata è vietata, così da poter essere lei l'unica madre legale a poter decidere. La donna portava avanti la gravidanza, consapevole tuttavia di non poter mantenere la bambina. La bambina nasceva con tutte le malformazioni diagnosticate dall'esame ecografico e veniva data in adozione ad una coppia dello Stato del Michigan.

2.5.b Una riflessione giuridico - filosofica.

La vicenda non ha avuto un seguito giudiziale in quanto la coppia committente ha deciso (almeno fino ad oggi) di non adire le vie legali.

Pur in assenza di un caso giudiziale da dover decidere, il caso presenta una serie di implicazioni sul delicato rapporto tra norme giuridiche, risvolti etici e principi morali su cui vale la pena di soffermarsi.

Si tratta di una fattispecie giuridica contrattuale stipulata tra le parti (madre surrogata e coppia committente), avente ad oggetto l'affitto di utero con il fine di impiantare un embrione della coppia committente nell'utero della madre surrogata e di far nascere un bambino sano. Quindi nel nostro caso la madre surrogata sarebbe stata giuridicamente inadempiente in quanto avrebbe impedito il consolidamento del diritto della coppia di "comprare" un neonato (sano) da una sconosciuta. Un diritto quest'ultimo in palese contrasto con un altro diritto quello di un bambino a nascere.

E ancora: il contratto prevede anche una clausola specifica, la possibilità di ricorrere all'aborto in caso di presenza di "parecchie anomalie" nel feto, ma non definisce in alcun modo il termine *anormalità*, presentando un'evidente fallacia. In base a quale criterio, infatti, si può dire

che le malformazioni presentate dal feto in grembo alla Crystal sono *anormali*?

La vicenda letta con lo sguardo attento del giurista rivela la fragilità e la difficoltà di etichettare una pratica medica come giusta o sbagliata. Di regola, il ricorso ad una maternità a contratto dovrebbe portare vantaggi ad entrambe le parti: ai futuri genitori che avranno il figlio che desiderano e alla madre surrogata che si vedrà corrisposta una somma in denaro. Uno studioso del diritto civile ravviserà in questa fattispecie il contratto tipico di una compravendita, la cui causa è il prezzo e il cui oggetto stavolta non è un bene mobile o immobile, ma un essere umano, un feto, un embrione. Palese a questo punto la complessità giuridica del ricorso a questa pratica medica: quello che desidera¹⁴⁸ la coppia non è un figlio, un essere umano, ma un “qualcosa” che sia sano. La malformazione del nascituro (contro le aspettative dei genitori) diviene la fattispecie giuridica di un danneggiamento materiale subito dalla coppia.

Oltre ad un problema di inquadramento della fattispecie contrattuale ci troviamo a dover fare i conti con la qualificazione dello *status* di madre. La madre che secondo un antico brocardo latino, *semper certa est*, diviene ora incerta.

Anche la “nozione” di madre cambia, non esiste più “la madre”, ma esiste la madre legale, piuttosto che la madre sociale e poi c’è la madre portante o “portatrice” piuttosto che surrogata, come fosse una madre di secondo livello. “Quando mi hanno impiantato l’ovulo fecondato nel mio utero”, dice la signora Kelley, “Io sono diventata la sua mamma¹⁴⁹”. Questa frase cela dei risvolti etici e giuridici che hanno ad oggetto non solo la madre ma anche i diritti di coloro che nasceranno.

¹⁴⁸ È opportuno distinguere i desideri dai valori. I desideri infatti “sono ciò che vogliamo ma che non c’è niente di sbagliato nel non avere, o non avere quanto potremmo”. I valori invece, “hanno forza di giudizio”. Sul punto si veda R. Dworkin, *Giustizia per i ricci*, cit., p.140.

¹⁴⁹ Queste le parole della signora Crystal Kelley: “No matter what anybody told me, I became her mother”.

Il rapporto con la madre che anche sul piano giuridico non è mai messo in discussione semmai si discute della presunzione di paternità (art. 232c.c.), non trova più alcuna certezza. Anzi, vi è di più, si può essere madri per un ordinamento giuridico, ma non per un altro. Come nel caso esaminato, la donna era una madre surrogata in Connecticut, ma sulla base di una legge diversa acquista lo *status* di madre legale in Michigan. È sufficiente, quindi cambiare Paese per cambiare *status* giuridico e sociale? È possibile eludere il diritto così facilmente? E allora a cosa serve avere delle leggi, dei divieti o dei permessi, se poi è così semplice eluderli.

Il figlio “prodotto” dalla madre surrogata diviene un bene di proprietà della coppia committente. E allora, è giusto chiedersi a chi appartengono davvero i bambini concepiti in vitro? Dove questa pratica è disciplinata da una legge non sarà difficile rispondere che appartengono a coloro che hanno pagato per averli. Bene, questo caso dimostra che non sempre è così e che anche nei Paesi in cui non vi è un vuoto legislativo o un divieto normativo, la legge non trova riconoscimento. A questo punto l’intervento del diritto si fa preminente, non dovrebbero i legislatori impedire i passaggi da uno Stato all’altro e creare una normativa uniforme¹⁵⁰? È una questione di desiderio¹⁵¹ o di diritto? Quando si parla di maternità surrogata lo si fa sempre con uno sguardo puntato ai diritti delle madri senza contemplare i diritti dei futuri bambini, perché questi costituiscono solo l’oggetto del contratto. Nella letteratura bioetica, c’è chi sostiene il contrario e cioè che si dia più rilevanza al feto piuttosto che alla donna incorrendo in una fallacia dell’astrazione, come se potesse esistere un oggetto indipendentemente dal contesto, come se il feto potesse esistere indipendentemente dalla donna.¹⁵²

¹⁵⁰ In questo senso si veda la critica alla Sentenza della Corte di Giustizia europea, che analizzo successivamente, sulla possibilità di offrire una definizione comunitaria e uniforme di embrione.

¹⁵¹ Peczenik nel distinguere le preferenze dai desideri ritiene che questi ultimi possano essere: “subcoscienti o oscuri, sorgere in modo spontaneo e imprevedibile (...) non sempre (..) è accessibile la razionalità dei suoi sentimenti”. A. Peczenik, *Derecho y razón*, Fontamara, México 2000, p.37.

¹⁵² (a cura di) C. Faralli e C. Cortesi, *Nuove Maternità*, cit., p.179.

Se questo è vero, non mi pare sia sempre così e in questa vicenda sembra emergere abbastanza chiaramente. Innanzitutto, affiora un diritto di proprietà sul nascituro vantato dai futuri genitori, tanto da spingere gli stessi prima a volerlo e poi a desiderarne la morte, come se fosse un diritto di cui poterne disporre perché gli appartiene.

Esiste una ragione per poter prendere una decisione sulla vita di un bambino non ancora nato? La vita nascente diviene merce di scambio anche nel momento in cui la coppia si convince che la cosa giusta non sia l'aborto e propone una volta nato, di affidarlo allo Stato. In parole povere decidono di farlo nascere ma poi lo affidano allo Stato, ovvero lo abbandonano.

La coppia desiderava un figlio o un figlio perfetto? Il rischio che Habermas¹⁵³ vede chiaro, è quello di incorrere in una genetica liberale. Quando si arriverà al punto in cui i futuri genitori potranno progettare “a piacimento un <<design>>” del prodotto che tanto desiderano, si arriverà a riconoscere non solo ai genitori un potere di disposizione sul figlio, come fosse una cosa, ma addirittura gli stessi figli potranno agire giudizialmente nei confronti di chi li ha programmati rammaricandosi di non avere inserito nella progettazione un determinato talento.

Tutti questi interrogativi a cui il diritto dovrebbe provare a dare una risposta dimostrano come non sempre è vero che la presenza di una normativa limiti il “turismo procreativo” perché anche lì dove il legislatore legifera le persone sentono il bisogno di scappare in uno Stato ove vi sia una legge diversa. . E allora forse, aveva ragione Dworkin quando sosteneva che il punto di vista privilegiato da cui guardare il diritto è quello del giudice in quanto solo così il diritto può essere visto nella sua luce migliore¹⁵⁴.

¹⁵³ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p.16.

¹⁵⁴ Scrive Dworkin: “law in its best light”. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, trad.it. di I. Caracciolo (a cura di) S. Frega, Il Saggiatore, Milano 1989.

3. La selezione degli embrioni.

3.1 La diagnosi pre-impianto nell'ordinamento giuridico italiano.

Nel contesto dei dilemmi della bioetica, penso sia opportuno indugiare su quella che dai più è ritenuta la “medicina del futuro”. Mi riferisco, in particolare, alla medicina genetica¹⁵⁵ che descrive quel processo conoscitivo-scientifico della struttura genetica di un individuo, portando con sé speranze ed inquietudini.

La rapidità scientifica nell'esplorazione dei confini della vita umana rende difficile al legislatore la possibilità di tenere il passo con una adeguata regolamentazione giuridica. Ecco, quindi, che scienza e diritto, progresso scientifico e norma, si mostrano in continua tensione, rendendo inevitabile un interrogativo: davvero tutto ciò che è scientificamente possibile può essere accettato sul piano etico e giustificato su quello giuridico?

È indubbio, che oggi l'umanità è al bivio, e si ritrova a dover fare i conti con i dilemmi della bioetica: da un alto, abbiamo quelli che difendono la vita, come la posizione difesa dalla Chiesa Cattolica, utilizzando l'argomento della dignità umana e che si adatta ad una cd. “bioetica cattolica”; dall'altro, quelli più liberali, che utilizzano l'”argomento della felicità”, in un'ottica utilitaristica, intesa come benessere, ovvero possibilità di evitare delle sofferenze, quale esplicazione più ampia del principio bioetico di non maleficità.

Sull'”argomento della dignità¹⁵⁶” utilizzato dalla Chiesa Cattolica, Atienza si mostra scettico nella misura in cui parlare di dignità

¹⁵⁵ Patrizia Borsellino parla di “terapia genica” intendendo la sostituzione, direttamente nel nucleo della cellula, di un gene malato con una sua copia sana” P. Borsellino, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2009, p. 273.

¹⁵⁶ Sull'uso argomentativo della dignità cfr. (a cura di) A. Abignente, F. Scamardella, *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, p. 191-203.

dell’embrione o del feto semplicemente non ha senso. L’embrione non è una persona in senso morale (né nel senso giuridico), in quanto non è capace di provare piacere, dolore o sentimenti, pertanto, continua Atienza, la posizione difesa dalla Chiesa Cattolica è irragionevole e non irrazionale¹⁵⁷.

L’idea, quindi, di una genetica liberale o, come la chiama Habermas “positiva” nel senso di migliorativa, risponde ad una “logica “della domanda e dell’offerta¹⁵⁸” che produce preoccupazione sulle conseguenze non solo etiche, ma anche giuridiche. Si pensi alla possibilità dei genitori di intervenire in modo del tutto discrezionale sulle caratteristiche genetiche del soggetto che persona ancora non è, con il risultato preoccupante di una difficoltà nel distinguere “la natura che *noi siamo*¹⁵⁹” dalla “dotazione organica che noi *ci diamo*”.

Accanto a questa genetica del “tutto è possibile” troviamo però anche una genetica terapeutica¹⁶⁰ che, ad oggi, consente la diagnosi di malattie genetiche ereditarie¹⁶¹ e si spera in un futuro non troppo lontano anche la cura.

¹⁵⁷ M. Atienza *Bioética, Derecho y argumentación*, cit., p.104.

¹⁵⁸ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, Prefazione, cit., p.3.

¹⁵⁹ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 25.

¹⁶⁰ Habermas la definisce “negativa” nel senso di terapeutica, opponendola ad una genetica “positiva” nel senso eugenetico di migliorativo. Cfr. J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p.21.

¹⁶¹ Per esempio la Corea di Huntigton, “e’ una patologia degenerativa ereditaria molto grave e complessa che interessa principalmente il sistema nervoso, ma non solo; anche muscoli ed altri organi sono interessati per cui è più giusto definirla come una patologia sistemica. Oggi ne conosciamo la causa genetica, siamo in grado di riprodurla in laboratorio in modelli animali, conosciamo sempre meglio i molteplici eventi biochimici che ne sono alla base e vediamo sempre più vicina la cura. Un unico gene ne e’ responsabile, con un tratto del DNA più esteso di quanto necessario, che genera una proteina con un numero elevato di amminoacidi definite glutammine, o, in gergo tecnico, ‘Q’. Più sono le ‘Q’ trasmesse dal genitore ammalato, prima la malattia si manifesta nei figli. Solo oggi cominciamo a definire le molteplici varianti cliniche della malattia e possiamo localizzarne la presenza in pressoché tutte le popolazioni del mondo ed in tutte le razze”. Cfr. http://www.lirh.it/index.php?option=com_content&view=article&id=204&Itemid=171 Cfr. un articolo (a cura di) F. Squitieri, *A rare genetic disorder, an example of social injustice*, Giugno 2013. Per l’analisi di un caso particolare relativo alla Corea di Huntigton Cfr. C. Lalli, *Dilemmi della bioetica*, cit., p. 103.

È su questo terreno scivoloso, fatto di fiduciose attese e di notevole inquietudine, che si colloca la problematica della diagnosi genetica pre-impianto¹⁶².

Si tratta di una tecnica diagnostica che consente di identificare la presenza di malattie genetiche o di alterazioni cromosomiche in embrioni, in fasi molto precoci di sviluppo, generati attraverso la fecondazione *in vitro*, prima del loro impianto in utero. La diagnosi pre-impianto dà, quindi, la possibilità di scegliere di non impiantare un embrione malato (che quindi verrà distrutto) in alternativa a quella, più devastante dal punto di vista psicologico, di interrompere la gravidanza.

La vicenda della diagnosi pre-impianto, particolarmente in Italia, è una storia quanto mai tormentata, ma che costituisce un esempio importante di come il riconoscimento di questa tecnica trovi legittimazione sul piano giurisprudenziale, ma non ancora su quello legislativo.

Il divieto legislativo non c'è, ma la diagnosi pre-impianto non si fa! Una contraddizione tutta italiana che parte dalla “*incoerenza*”¹⁶³ della ormai nota legge n.40 del 2004. Vale la pena ripercorrerne l'*iter* per poterne apprezzare la *ratio*. La legge 40/2004 nulla dice di esplicito in merito alla diagnosi pre-impianto, tuttavia, secondo la dottrina maggioritaria, è possibile ricavarne un divieto implicito dai commi 1, 2 e 3, lett. b) dell'art. 13¹⁶⁴, che renderebbero interdittiva tale pratica. Il legislatore si è trovato

¹⁶² I Paesi Europei che consentono la selezione pre-impianto: Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Regno Unito, Russia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia ed ultima la Germania.

¹⁶³ Sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo sent. 28 agosto 2012 seconda sezione - Ricorso n.54270/10 - Causa Costa e Pavan c. Italia

¹⁶⁴ Art. 13 (Sperimentazione sugli embrioni umani) della legge 40 del 2004 così dispone, nella parte che a noi qui interessa: “1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative. 3. Sono, comunque, vietati: a) (...); b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo”.

nella difficoltà di operare un contemperamento dei molteplici interessi in gioco, quali il diritto alla salute della donna piuttosto che del concepito, il diritto all'autodeterminazione dei genitori, la tutela dell'embrione, etc., evitando di esprimere una posizione chiara e non controversa sulla legittimazione della diagnosi pre-impianto. Le coppie infertili, così come quelle fertili a cui la legge non si rivolge¹⁶⁵, si sono viste costrette a scendere sul piano della tutela giurisdizionale per far valere i loro diritti, svuotando oltremodo di contenuti la legge 40 del 2004.

Nel panorama giurisprudenziale si contano numerosi interventi talvolta anche contrapposti, anche se l'orientamento che si è andato consolidando in materia risulta essere favorevole alla diagnosi pre-impianto.

Inizialmente, la giurisprudenza subordina alla priorità della tutela del diritto alla vita dell'embrione l'esigenza di libertà della ricerca scientifica. E sottolinea come, gli artt. 4 e 14 della legge 40/2004 non costituiscono delle fattispecie contrarie ai dettami costituzionali (art.2, 3 e 32 Cost.), questo sulla base dell'argomentazione che la Costituzione non garantisce un diritto dei genitori ad avere un figlio sano¹⁶⁶ e sul punto, il suddetto orientamento giurisprudenziale, ribadisce il divieto esplicito di aborto eugenetico (come la legge 40) che è invece, ammesso solo con riferimento alla salute della madre¹⁶⁷. Questa parte della giurisprudenza che propende per il rigetto dell'istanza di diagnosi pre-impianto si fonda sul richiamato primato della legge, in forza di una gerarchia delle fonti che ne vede la superiorità indiscussa e ancor di più sul fatto che non si potesse dubitare

¹⁶⁵ L'art.1 della legge n.40 del 2004 nell'esprimere la finalità della legge si rivolge solo a quelle coppie che hanno problemi di sterilità o infertilità. Nell'art. 1 al co.1, infatti, si legge: "Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

¹⁶⁶ Trib di Catania 3 maggio 2004 in senso conforme Cassazione, sez. III civile, sentenza 29.07.2004 n. 14488.

¹⁶⁷ Legge sull'aborto. Su questo punto la rilevata illogicità della legge 40 rilevata dalla Corte Caso Costa - Pavan

dell'intenzione del legislatore. Nei periodi in cui in Italia si discuteva di una proposta referendaria per l'abolizione della legge 40/2004, si pronunciò il Tribunale di Roma con una ordinanza che, se pure ostativa alla diagnosi pre-impianto, sollevava un dubbio sulla capacità risolutiva di problemi della siffatta legge e ne auspicava una revisione legislativa.

La questione ermeneutica della legge non trovò soluzione nemmeno nelle Linee Guida¹⁶⁸ del 2004 con le quali si consentiva l'indagine relativa allo stato di salute dell'embrione solo in via "osservazionale".

La dottrina è divisa sull'interpretazione delle disposizioni in esame, che infatti sono state lette in due sensi diametralmente opposti, dovendosi segnalare, accanto ad autori che hanno individuato nell'art. 13 della legge la regola dell'illiceità penale della diagnosi preimpianto, autori che, invece, hanno affermato la praticabilità dell'accertamento diagnostico in questione, quando richiesto ai sensi dell'art. 14, comma 5, della legge n. 40/2004.

Con una prima pronuncia il TAR Lazio¹⁶⁹ si esprimeva in favore del divieto di diagnosi pre-impianto e pertanto, riconosceva legittimità alle norme contenute nel D. M., in conformità alla *ratio* delle Linee Guida e al dettato normativo di cui all'art. 7 della legge 40/2004. Invero, ne sosteneva il carattere precettivo e non già meramente interpretativo risultando

¹⁶⁸ Art. 13 della legge 40 del 2004: "Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale.

Qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'art. 14, comma 5.

Ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi". Si veda il paragrafo: "Misure di tutela dell'embrione. Sperimentazione sugli embrioni umani - (articolo 13, legge n. 40/2004) del Decreto Min. Salute 21 luglio 2004. Tali disposizioni dell'art. 13 della legge 40/2004 sono state eliminate a seguito delle sentenze del Tribunale di Cagliari (settembre 2007) e del Tar Lazio (ottobre 2008), persistendo oggi il solo divieto di diagnosi pre-impianto ocn finalità eugenetiche.

¹⁶⁹ TAR Lazio, sez. III-ter, 5 maggio 2005 n. 3452. La vicenda giudiziaria muova dal ricorso della "WARM - World Association Reproductive Medicine", associazione che organizza e rappresenta gli interessi collettivi di molti centri e singoli professionisti che svolgono attività di procreazione medicalmente assistita, la quale, ritualmente, impugna il D.M. 21/7/2004 assumendone la lesività in ragione del carattere vincolante sancito dall'art. 7 della legge 19/2/2004, n. 40. In senso conforme anche la precedente ordinanza del Tribunale di Catania 3 maggio 2004: tale ordinanza, la prima in ordine temporale, destò molto clamore per aver impedito ad una coppia di coniugi, infertili e affetti da Beta talassemia di ricorrere alla diagnosi pre-impianto appellandosi ad una volontà in equivoca del legislatore da evincersi dal testo normativo.

impugnabili in sede giurisdizionale.¹⁷⁰ E continuava, ritenendo che *“non esistono ancora terapie geniche che permettano di curare un embrione malato, con possibile incidenza dunque sullo stato di salute del medesimo; di conseguenza la diagnosi preimpianto invasiva non potrebbe che concernere le sole qualità genetiche dello stesso embrione”*, quindi vieta ogni diagnosi pre-impianto con finalità eugenetica.

Insomma, anche in questa pronuncia, come in quella precedentemente esaminata, si colgono tutte le difficoltà di un giudice chiamato ad applicare regole di diritto a fatti di vita, in cui sono coinvolte situazioni esistenziali indisponibili; ed è forse in ragione di queste difficoltà che, nelle argomentazioni giudiziali, è quasi visibile lo sforzo di mantenere quel rigore interpretativo, talvolta slegato dalla realtà.

Successivamente, a mutare l’orientamento interpretativo fu il Tribunale di Cagliari che questa volta nel 2007¹⁷¹, si allontanava dalle sue precedenti impostazioni interpretative, pronunciandosi per l’ammissibilità della diagnosi pre-impianto. Le ragioni che il Tribunale adduceva sono schematicamente indicate nell’analitico testo motivazionale: 1) la mancanza di un esplicito divieto; 2) la liceità della ricerca clinica, cioè dell’indagine sistematica volta ad accrescere le conoscenze nell’ambito della diagnosi e della cura delle malattie attraverso lo studio e l’osservazione diretta degli ammalati; 3) il diritto alla piena consapevolezza in ordine ai trattamenti sanitari previsto dagli artt. 6 e 14 della medesima legge 40 in relazione all’informativa dei pazienti sugli effetti collaterali, sui rischi relative

¹⁷⁰ Infatti si legge nella motivazione della sentenza del Tar: “(...) appare indubbio che le “Linee guida” abbiano un carattere immediatamente precettivo. Ciò si inferisce anzitutto dalla previsione dell’art. 7, II comma, della legge 19/2/2004, n. 40, ove è *expressis verbis* affermato che le Linee guida sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate; inoltre l’analisi del testo dimostra che il D.M. 21/7/04 ha un contenuto non meramente ripetitivo della norma di legge, e dunque non esclusivamente interpretativo, disciplinando le «procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita»”.

¹⁷¹ Tribunale di Cagliari in composizione monocratica in persona del giudice dott.ssa M.G. Cabitza Sentenza del 24 settembre 2007; in senso conforme vedi anche Tribunale di Firenze, dicembre 2007, nonché Tar Lazio sentenza del 31 ottobre 2008 n.398 (pres. M. Di Giuseppe, rel. L. Sandulli).

all'applicazione delle tecniche nonché ai rischi e alle probabilità di successo ad esse collegati, nonché al rispetto del fondamentale principio del consenso informato del paziente; 4) l'illiceità delle Linee Guida ministeriali sia sotto un profilo di gerarchia delle fonti, in quanto la normazione secondaria non può contrastare con la legge, sia sotto un profilo clinico poiché la mera indagine osservazionale sull'embrione non consente di accertare effettivamente lo stato di salute dell'embrione, con conseguente compromissione del diritto all'informazione adeguata; 5) si è rilevato il contrasto con l'art. 12 della Convenzione di Oviedo che consente l'accesso ai test genetici predittivi a fini medici "e con riserva di un consiglio genetico adeguato (43)"; 6) l'illogicità del contrasto tra l'assolutezza dell'aspettativa di vita dell'embrione garantito dall'art. 13 della legge 40/2004 e il richiamo espresso alla legge 194/1978 in considerazione delle specifiche condizioni di salute della donna; 7) la lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni che regolano la materia effettuata alla luce del principio di eguaglianza garantisce l'accesso alla diagnosi reimpianto poiché «evita una diversità di trattamento di situazioni sostanzialmente analoghe, altrimenti censurabile costituzionalmente sotto il profilo della irragionevolezza», in relazione al possibile accesso diagnostico sulla salute del nascituro effettuato durante la gravidanza.

Così si è andato consolidando un orientamento giurisprudenziale di merito¹⁷² conforme ad una interpretazione costituzionalmente orientata in cui fosse chiara la differenza tra l'art. 13 e il 14 della legge 40. In questa prospettiva si è distinto tra la sperimentazione, disciplinata dall'art. 13 e la diagnosi terapeutica prevista, invece dall'art. 14, 5 comma.¹⁷³

¹⁷² Si veda nello stesso senso la sentenza Tar Lazio del 21 gennaio 2008 n.398 che ha contribuito unitamente alla pronuncia del Tribunale di Cagliari del 2007 all'annullamento delle Linee Guida adottate con D.M. 21 luglio 2004 laddove, integrando la parte censurata dai giudici ordinari, statuiva che ogni indagine relativa allo stato di salute dell'embrione dovesse essere di tipo osservazionale, così introducendo un generale divieto di diagnosi pre-impianto, invero non esistente nella legge 40/2004.

¹⁷³ Secondo il giudice cagliaritano (2007) *“nel primo caso l'ambito è quello dei comportamenti coinvolgenti il sistema dei rapporti tra l'aspettativa di vita del singolo embrione e l'interesse*

La dottrina¹⁷⁴ aveva commentato siffatto provvedimento identificandolo come un “cambio di rotta” rispetto all’orientamento precedente, spingendo così ad un aggiornamento delle Linee Guida ministeriali,¹⁷⁵ con il conseguente venir meno del limite “osservazionale” degli embrioni. A questo punto, recependo le argomentazioni delle pronunce del Tribunale di Cagliari e del Tar Lazio, si procedeva nel 2008 all’aggiornamento delle Linee guida della legge 40/2004¹⁷⁶.

Il Tribunale di Cagliari nella medesima sentenza ha poi sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione ai co. 2 e 3, della legge 40/2004, perché in contrasto con gli artt. 3 e 32 della Cost.. La Corte Costituzionale adita con sentenza n. 151 del 2009¹⁷⁷ si è pronunciata per la illegittimità dei suddetti commi, attenuando il rigore della legge, ma sorvolando sul problema specifico della diagnosi pre-impianto.

La Corte Costituzionale, si è limitata cioè a stabilire l’incostituzionalità dell’obbligo dell’unico e contemporaneo impianto di tre embrioni, *eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute*. La Consulta ha, però posto l’accento sui limiti che alla

dell’intera collettività al progresso scientifico Viceversa, “nel secondo caso si tratta, invece, di un mero accertamento diagnostico (...) avente ad oggetto il singolo embrione destinato all’impianto”.

¹⁷⁴ T. Auletta, *Implicanze giuridiche nella procreazione assistita*, in S. Consoli, V. Rocca, *Embrioni, cellule e persona: biomedicina, giurisprudenza ed etica a confronto*, Firenze, 2008, p. 71.

¹⁷⁵ Aggiornamento Linee Guida in data 11 aprile 2008 in senso conforme al mutato orientamento giurisprudenziale. Tramite l’Istituto Superiore di Sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, il Ministro della Salute, ha definito, inoltre, le linee guida contenenti l’indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita). Secondo quanto previsto dalla la legge 40 le linee guida vengono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all’evoluzione tecnico-scientifica. Per un confronto tra le Linee Guida 2004 e 2008 <http://www.iss.it/binary/rpma/cont/lineeguidaaconfronto.1210236674.pdf> confronto tra le linee guida art.13.

¹⁷⁶ Per un’analisi comparativa tra le nuove linee guida del 2008 e quelle precedenti del 2004 si veda tale prospetto:

http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_primopianoNuovo_163_documenti_itemDocumenti_0_fileDocumento.pdf

¹⁷⁷ <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=151>

discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

La dottrina si è divisa sulle conseguenze di questa argomentazione in merito all'ammissibilità della diagnosi pre-impianto. Secondo una parte della dottrina, avendo la Corte sorvolato sulla particolare questione della diagnosi pre-impianto, la stessa è da considerarsi ancora proibita . Altri ancora ritengono la questione ormai superata in vista dell'avvenuto aggiornamento delle Linee Guida del 2008, adeguatesi all'interpretazione della giurisprudenza. Alla luce di questo diverso panorama interpretativo, restava ancora incerta la questione relativa alla discriminazione nell'accesso alle tecniche della diagnosi pre-impianto da parte delle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche rare e pertanto orientate a chiedere una diagnosi predittiva. È ancora una volta la giurisprudenza di merito ad occuparsi della materia con tre provvedimenti¹⁷⁸ anche nel caso di coppie fertili favorevoli alla diagnosi pre-impianto. Infatti, nonostante una parte della dottrina avesse rilevato già da tempo l'esistenza di questa lacuna nella legge 40/2004 nessun giudice prima d'ora se ne era mai occupato. Se con la sentenza del TAR Lazio e l'ingresso delle nuove Linee guida del 2008, l'interpretazione in materia di diagnosi pre-impianto sembrava essersi ormai "*consolidata*", con la più recente pronuncia del 9 gennaio 2010 del Tribunale di Salerno,¹⁷⁹ si aprono nuove possibilità anche per le coppie

¹⁷⁸ Tribunale di Bologna, 17 giugno 2009; Id., 29 giugno 2009; Tribunale di Salerno, 9 gennaio 2010. (dott. Scarpa).

¹⁷⁹ Sentenza n. 191 del 9 gennaio 2010. Il fatto: i ricorrenti sono coniugi, entrambi portatori di una mutazione genetica, causativa dell'atrofia muscolare spinale di tipo 1 (idonea nel 25% dei casi a trasmettersi in sede di concepimento alla prole) ed hanno già sostenuto ben quattro gravidanze: la prima si è conclusa con la morte del feto a causa della trasmissione della malattia genetica di cui i genitori sono portatori; la seconda e la quarta si sono interrotte con l'aborto dei feti risultati affetti dalla medesima patologia; la terza invece ha fortunatamente permesso, dopo una attenta indagine

fertili. Il giudice di Salerno, autorizza per la prima volta l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ad una coppia fertile, portatrice di gravi patologie geneticamente trasmissibili.

Il giudice di Salerno giunge a sciogliere la questione ispirandosi all'orientamento delle pronunce della giurisprudenza di merito che lo hanno preceduto, confermando la volontà di rimuovere per via giurisprudenziale il divieto della diagnosi pre-impianto. In particolare, il giudice salernitano, nella parte narrativa della sentenza ripercorre i passaggi fondamentali del lungo *iter* giurisprudenziale che hanno condotto ad una diversa interpretazione dell'art. 13 della legge 40/2004 fino all'aggiornamento delle disposizioni delle Linee guida avvenuto in seguito alla pronuncia del TAR Lazio. Il giudice ricorda poi che, a seguito dell'aggiornamento delle Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita, si è aperta la strada alla diagnosi genetica pre-impianto e alla possibilità di considerare l'infertilità come un concetto più ampio. Le novità apportate alle nuove linee guida, a seguito dell'intervento giurisprudenziale, costituiscono il segnale netto di questa apertura: da un lato l'eliminazione della sola indagine osservazionale sull'embrione, dall'altro la possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche in ipotesi di coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, e in particolare del virus HIV e di quelli delle epatite B e C, riconoscendo che tali condizioni siano assimilabili ai casi di infertilità per i quali è concesso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita..

Alla luce di tali elementi, il giudice riconosce come la “*diagnosi pre-impianto*”, sia divenuta, “*al pari della altre diagnosi prenatali, una*

prenatale, la nascita di un figlio sano. La coppia, intenzionata ad avere un altro figlio, si è rivolta ad un centro salernitano di fecondazione assistita, così da conoscere, in una fase precoce, tramite una diagnosi genetica pre-impianto, l'eventuale trasmissione della malattia genetica al nascituro ed evitare il difficile ricorso all'aborto.

Il centro medico, d'altra parte ritiene di non poter esaudire la richiesta dei coniugi, per carenza dei requisiti di sterilità - infertilità richiesti dal dettato normativo (art. 4 L. 40/2004)³⁸ per l'accesso alle tecniche di PMA. Ed è per questo che, con provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., la coppia decide di investire della questione il Tribunale di Salerno.

normale forma di monitoraggio con finalità conoscitiva della salute dell'embrione, alla stregua dei doverosi criteri della buona pratica clinica, la cui mancanza dà luogo a responsabilità medica.”

Il giudice osserva inoltre come, nonostante la Corte Costituzionale non abbia ancora affrontato il tema della diagnosi pre-impianto, in seno alla sentenza 8 maggio 2009, n. 151, *“la salute della madre assume un ruolo dominante,”* nella misura in cui, lungi dal riconoscere una protezione assoluta ed incondizionata all'embrione, tale disciplina si sforzi piuttosto di individuare *“un giusto bilanciamento”* con la tutela delle esigenze della procreazione. Pertanto, conclude il giudice, *“riconoscendosi allora alla stessa madre il diritto di abortire il feto malato, deve tutelarsi il diritto della madre a conoscere se il feto sia malato tramite diagnosi pre-impianto, senza arrivarsi irragionevolmente alla conseguenza di impiantare il feto malato per poi abortirlo.”*

3.2 Definire l'embrione, si può? Analisi del caso (Corte di Giustizia europea sentenza emessa il 18 ottobre 2011- Sentenza C-34/10 Oliver Brüstle contro Greenpeace e V)

3.2.a Fatto. Iter processuale

Uno scienziato tedesco Oliver Brüstle depositava presso l'Ufficio brevetti tedesco (*Bundespatentgericht*) una richiesta di brevetto su un procedimento volto ad ottenere cellule progenitrici neurali a partire da cellule pluripotenti staminali embrionali, per la loro utilizzazione ai fini terapeutici. Il brevetto veniva concesso al signor Brüstle sulla base di una distinzione, presente nella legge tedesca sulla protezione dell'embrione umano, tra cellule pluripotenti e totipotenti, che qualificava solo queste ultime come embrione. Il suddetto brevetto fu però parzialmente annullato nel 2006, dopo la ricezione della Direttiva 98/44 da parte della Germania e

a seguito del ricorso presentato da Greenpeace per ragioni di ordine pubblico e di moralità. Così il signor Brüstle proponeva appello contro il parziale annullamento e la Corte d'appello tedesca (*Bundesgerichtshof*) al fine di risolvere la questione, richiedeva alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una pronuncia pregiudiziale su tre articolati quesiti¹⁸⁰, ai quali la Corte rispondeva con la sentenza che sarà oggetto della nostra analisi.

3.2.b Ragionamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Interessi in conflitto.

La Corte di Lussemburgo parte da un'ampia disamina di tutte le fonti normative comunitarie e nazionali¹⁸¹ oggetto del caso, per poi passare ad un'attenta risposta alle tre questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte d'appello tedesca.

- 1) Come deve essere intesa la nozione di embrione umano di cui all'art.6¹⁸², n 2, lett. c) della direttiva?
- 2) Nella nozione di “utilizzo di embrioni umani a fini industriali o commerciali” rientra anche l'utilizzazione finalizzata alla ricerca medico-scientifica?

¹⁸⁰ D. Neri, *Embrioni e brevetti: a proposito della sentenza della Corte Europea di Giustizia sul caso Brüstle*, in *Bioetica*, Rivista interdisciplinare, Anno XIX, n.4/2011, Casa editrice Vicolo del Pavone, pp. 582-602, spec. p.583.

¹⁸¹ Nel delineare il contesto normativo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si riferisce in particolare: agli accordi che vincolano l'Unione europea e/o gli Stati membri; alla normativa dell'Unione, alla direttiva 98/44, al diritto nazionale tedesco.

¹⁸² Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. *Articolo 6*: “1. Sono escluse dalla brevettabilità le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume; lo sfruttamento di un'invenzione non può di per sé essere considerato contrario all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto che è vietato da una disposizione legislativa o regolamentare.

2. Ai sensi del paragrafo 1, sono considerati non brevettabili in particolare:

- a) i procedimenti di clonazione di esseri umani;
- b) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano;
- c) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali;
- d) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica degli animali atti a provocare su di loro sofferenze senza utilità medica sostanziale per l'uomo o l'animale, nonché gli animali risultanti da tali procedimenti”.

3) È lecita la brevettabilità di una invenzione, che pur non vertendo specificamente sulla utilizzazione degli embrioni, ne presupponga la loro distruzione come base di partenza per la creazione della materia prima.

La Corte è chiamata in prima battuta a pronunciarsi sull'interpretazione della nozione di embrione umano, compito arduo se si pensa al fatto che in ogni caso produrrà reazioni di delusione piuttosto che di soddisfazione. L'interpretazione che le viene richiesta, però non è *latu sensu*, ma una interpretazione che abbia un legame con il caso sottoposto alla sua attenzione, ossia un'interpretazione potremmo dire finalista vale a dire orientata a stabilire l'ambito del divieto di brevettabilità previsto dall'art. 6 della direttiva europea.

Il ragionamento che però spinge la Corte a dare una nozione comunitaria di embrione, andando oltre l'ambito interpretativo-applicativo richiesto dalla Corte d'appello, trova una spiegazione nel suo *iter* logico. Innanzitutto, sostiene la Corte, dalla Direttiva nulla si evince in merito ad una possibile nozione di "embrione umano"; in secondo luogo, non viene fatto un espresso rinvio agli Stati membri per una sua possibile interpretazione¹⁸³; dunque, conclude la Corte, si rende necessario una nozione comunitaria di embrione umano, tale da essere interpretata e poi applicata in modo uniforme sul territorio europeo. La mancanza di una definizione comunitaria di embrione umano non solo sarebbe in contrasto con la pretesa *ratio* della Direttiva, ovvero di un'armonizzazione delle regole sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, ma *determinerebbe il rischio che gli autori di talune invenzioni biotecnologiche siano tentati di chiedere la brevettabilità di queste ultime negli Stati membri che concepiscono nel modo più restrittivo la nozione di embrione umano e, quindi, i più permissivi per quanto riguarda le possibilità di*

¹⁸³ In questo senso ci si riferisce ad un'interpretazione discrezionale da parti dei singoli Stati Membri. Sulla discrezionalità cfr. A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit.

brevettare le invenzioni di cui trattasi, a motivo del fatto che la brevettabilità delle stesse sarebbe esclusa negli altri Stati membri. Una tale situazione costituirebbe una lesione al buon funzionamento del mercato interno, che costituisce lo scopo della direttiva di cui trattasi.

L'obiettivo sarebbe propendere per una definizione più ampia di embrione umano che ricomprenda non solo l'ovulo fecondato, ma anche quello non fecondato. Questo perché, argomenta la Corte, anche se tali organismi non sono stati fecondati, gli stessi *per effetto della tecnica utilizzata per ottenerli, sono tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo.* A questa nozione più estesa di embrione umano, a giudizio dell'Avvocato Generale, corrisponderebbe una minore propensione a concedere brevetti. Tuttavia, queste conclusioni non paiono trovare riscontro nella realtà degli Stati membri: un esempio su tutti può essere la Gran Bretagna che ad una definizione liberale di embrione umano¹⁸⁴ associa un'ampia concessione di brevetti.

Per questi motivi, la Corte addivene alla seguente nozione di embrione umano: *costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi.*

Rinvia poi ai singoli Stati membri la facoltà di discernere se si tratti di embrione umano a seconda del caso concreto: *spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un «embrione umano» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva.*

¹⁸⁴ È lo stesso avvocato Botche, nelle sue conclusioni, riferendosi alla Gran Bretagna, considera: "che l'embrione umano esiste a partire dalla fecondazione".

Le conclusioni a cui giunge la Corte derivano dall'idea che lo sfruttamento di cellule biologiche di origine umana debbano sempre compiersi nel rispetto dei diritti fondamentali, e in particolare di quella categoria fondamentale della dignità umana¹⁸⁵. Quando il "rispetto dovuto alla dignità umana può essere pregiudicato" qualsiasi brevetto deve essere escluso, con la conseguenza di intendere in senso ampio la nozione di embrione umano di cui all'art.6, n.2, lett. c) della direttiva.

Sulla seconda questione pregiudiziale, la Corte immediatamente precisa che, la Direttiva ha ad oggetto esclusivamente la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, mancando qualunque tipo di riferimento alla possibilità di utilizzare embrioni umani nell'ambito delle ricerche scientifiche. Inoltre, lo scopo di una ricerca scientifica, prosegue la Corte, è distinto da quello per fini industriali e commerciali; tuttavia, il riferimento al brevetto implica l'utilizzazione per fini industriali o commerciali, pertanto conclude la Corte, la richiesta di brevetto avente ad oggetto l'utilizzazione di embrioni umani ai fini della ricerca non può essere scorporata dal brevetto. *Quindi, si deve quindi risolvere la seconda questione nel senso che l'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica, mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto.*

Infine, la terza questione pregiudiziale verte sulla possibilità di escludere la brevettabilità di un'invenzione che non abbia propriamente ad oggetto l'utilizzazione degli embrioni umani, ma un prodotto il cui procedimento ne contenga la distruzione¹⁸⁶. La Corte ritiene che

¹⁸⁵ (a cura di) A. Abignente, F. Scamardella, *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, pp. 139-154.

¹⁸⁶ Il caso aveva ad oggetto: "...la brevettabilità di un'invenzione relativa alla produzione di cellule progenitrici neurali, che presuppone l'utilizzazione di cellule staminali ricavate da un

l'esclusione della brevettabilità riguardi anche tale situazione, a nulla rilevando che la distruzione degli embrioni umani non sia l'oggetto del brevetto, ma sia avvenuta in precedenza. Il fatto che non vi sia utilizzazione degli stessi, ma vi sia una previa distruzione, non pare alla Corte elemento da non tenere nella giusta considerazione tanto da farlo rientrare pienamente nel divieto di cui all'art.6, n.2, lett. c).

Alla luce delle esaminate argomentazioni la Corte, relativamente alle ultime due questioni pregiudiziali, dichiara:

2) *L'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44 riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica, mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto.*

3) *L'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44 esclude la brevettabilità di un'invenzione qualora l'insegnamento tecnico oggetto della domanda di brevetto richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza, indipendentemente dallo stadio in cui esse hanno luogo e anche qualora la descrizione dell'insegnamento tecnico oggetto di rivendicazione non menzioni l'utilizzazione di embrioni umani".*

La pronuncia qui esaminata, inserendosi a pieno titolo all'interno della dibattuta questione sulla nozione di embrione e sulla sua presunta dignità¹⁸⁷, presenta diversi profili di criticità, che possono essere così sintetizzati.

embrione umano nello stadio di blastocisti. Orbene, dalle osservazioni sottoposte alla Corte emerge che il prelievo di una cellula staminale su un embrione umano nello stadio di blastocisti comporta la distruzione dell'embrione".

¹⁸⁷ Sulla dignità dell'embrione umano si veda: A. Ollero, *Dignità e statuto giuridico dell'embrione*, in *Colloqui sulla dignità umana*, atti del convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007) (a cura di) A. Argiraffi, P. Becchi, D. Anselmo, pp.113- 149.

Le soluzioni accolte dalla Corte, in merito alle tre questioni pregiudiziali, nel tentativo di proporre una limitazione ai casi di brevettabilità, contribuiscono a far luce sulla questione della disponibilità di ciò che non è negoziabile dalla scienza. Il bene-umano, deve essere sottratto alla logica di mercato e al potere dispositivo della tecnologia. Una riflessione dunque, sull'essere umano, più in particolare sull'embrione, che la Corte riconduce sotto l'alveo protettivo della dignità umana. Quasi come se vedesse nel richiamo alla dignità una clausola di salvezza nella quale ricomprendere anche l'embrione. In questo senso, però la Corte nel voler proteggere l'embrione umano, attribuendogli dignità, non fa altro che attribuire un potere sempre più predominante all'autorità giudiziaria.

Un riflessione si rende necessaria, prima che sulla dignità, sulla identità personale dell'embrione. È necessario chiedersi se l'embrione sia o meno una persona?

È proprio Dworkin¹⁸⁸ a sostenere, come farà anche Habermas,¹⁸⁹ l'inefficacia di una domanda sulla identità personale dell'embrione. È necessario eludere la questione se un feto sia un essere umano al momento del concepimento: se così fosse gli si dovrebbe riconoscere un diritto incondizionato alla vita. Egli ritiene dunque che non è necessario decidere se un feto è persona per rispondere alla domanda sull'esistenza o meno di interessi del feto e sulla sua sacralità. Dworkin adotta un'etica laica della sacralità della vita che però rende possibile l'aborto. Tra i motivi addotti vi è la Costituzione degli Stati Uniti, che nega che il feto sia una persona nel senso costituzionale. Ma questo mostra soltanto che il diritto alla vita deve precedere la costituzione. Per Habermas è inutile affacciarsi a capire qual è il momento in cui l'embrione sia o diventa persona, è necessario abbandonare del tutto la questione sulla personalità del feto, dando per scontato che il feto abbia diritto alla vita. Nella letteratura bioetica molti

¹⁸⁸ R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad.it di C. Bagnoli, (a cura di) S. Maffettone Edizioni di Comunità, 1994.

¹⁸⁹ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit.

autori¹⁹⁰ hanno sostenuto la necessità di superare la questione della personalità del feto prediligendo il difficile rapporto tra diritto alla vita del bambino e diritto all'autodeterminazione della donna¹⁹¹.

Nella parte narrativa della sentenza in commento, infatti, la Corte declina ai singoli Stati membri il potere di determinare caso per caso e sempre in considerazione del progresso scientifico l'inclusione delle cellule di cui si discute nella nozione di embrione umano. Ancora una volta il potere di decidere è la via d'uscita, l'unica possibilità di soluzione a una questione nella quale il giudice, partendo da una fattispecie normativa è chiamato ad interpretarla e a renderla contingente. All'interprete, quindi, il compito di fare da tramite, come un giudice Hermes¹⁹², tra la scienza e la vita, di mediare per giungere ad una singola decisione che costituisce risultato di un atto interpretativo. Pertanto, se su questa linea si dipana l'argomentazione della Corte di Lussemburgo, nulla osta nel ritenere che il fine che si era prefissa non è stato raggiunto. Mi riferisco, in particolare, alla volontà dei giudici di creare una definizione comunitaria di embrione umano. Tale obiettivo, lungi dall'essere raggiunto diviene anzi oggetto di una ulteriore frammentazione interpretativa nel momento in cui la Corte preferisce rinviare alla discrezionalità di ogni singolo Stato membro.

¹⁹⁰ Oltre ad Habermas e Dworkin anche la filosofa americana Judith Jarvis Thomson è dello stesso avviso.

¹⁹¹ Chiarificatrice della questione, il celebre argomento del violinista: “immaginate di svegliarvi una mattina distesi al fianco di un violinista famoso, il cui sistema circolatorio è stato collegato al vostro tramite macchinari. Una società di musicofili vi ha rapito nottetempo e ha attaccato il vostro corpo a quello del violinista, affetto da un'insufficienza renale. Il trattamento durerà nove mesi ma se viene interrotto prima si causerà la morte dell'uomo: avete il diritto assoluto di usare il vostro corpo e quindi potete tranquillamente liberarvi dall'obbligo *morale* di tenere in vita il violinista oppure esiste il dovere di rispettare il suo diritto alla vita? Se nell'esempio immaginario, si sostituiscono la donna a voi e il feto al musicista, si ha uno schema di approccio al problema dell'aborto che supera la questione della personalità e si concentra invece sul difficile rapporto tra diritti (moralì)”. M. Galletti, *Giocare a fare la parte di Dio. Genetica, riproduzione umana e riflessione filosofica*, in *Bioetica e società*, Edizioni del Cerro, III, 1, 2005 pp. 9-18.

¹⁹² Sul punto si legga, R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., p. 294 e ss..

3.3 Analisi del caso (Corte EDU, Sentenza 28 agosto 2012 seconda sezione - Ricorso n.54270/10 - Causa Costa e Pavan c. Italia)

3.3.a Fatto¹⁹³. Iter processuale

Si trattava di un giudizio intrapreso da una coppia italiana contro il Governo Italiano. I signori Costa e Pavan, appresero di essere portatori sani di una malattia genetica rara,¹⁹⁴ quando nell'anno 2006 ebbero una bambina affetta da tale malattia. Così pochi anni dopo, durante una seconda gravidanza, la coppia decise di ricorrere alla diagnosi prenatale dalla quale risultò che il feto era malato e quindi la signora decise di abortire.

Decidevano di ricorrere alla fecondazione artificiale, sottoponendo gli embrioni creati *in vitro* alla diagnosi pre-impianto per evitare la nascita di un secondo bambino affetto dalla medesima malattia. Il tutto per sfuggire all'aborto, come tra l'altro già avvenuto, in caso di feto malformato.

La legge 40 del 2004 tuttavia impedisce alle coppie fertili di farvi ricorso.

3.3.b Ragionamento della Corte EDU. Interessi in conflitto

Una prima questione di carattere processuale si fonda sull'eccezione sollevata dal Governo italiano relativa al difetto di qualità di vittima della coppia per avere questi ultimi adito direttamente la Corte EDU¹⁹⁵ senza aver proposto alcuna azione in Italia per vedersi riconosciuto o rifiutato un diritto. Si trattava, a detta del Governo, di un "*actio popularis*" non avendo i ricorrenti esaurito la strada dei ricorsi interni. La Corte Edu sul punto, riteneva che *il Governo non può invocare l'esistenza di un mezzo*

¹⁹³ Per una ricostruzione più dettagliata del caso, si veda il riassunto della sentenza: <http://www.duitbase.it/database/sentenze-corte-europea-dei-diritti-delluomo/802-Costa-e-Pavan-c-Italia>.

¹⁹⁴ Per l'esattezza si tratta di mucoviscidosi, più comunemente nota come fibrosi cistica.

¹⁹⁵ Ai sensi dell'art 35 della CEDU.

d'impugnazione interno in assenza di una giurisprudenza interna che dimostri l'effettività di quest'ultimo nella pratica e nel diritto, tanto meno quando tale giurisprudenza promani da un organo giudiziario di primo grado pertanto respingeva le eccezioni sollevate dal Governo italiano.

A questo punto i ricorrenti invocavano la violazione dell'art. 8 della Convenzione¹⁹⁶ in quanto la loro unica possibilità per avere figli sarebbe quella di ricorrere ogni volta ad una interruzione, qualora la diagnosi prenatale desse come risultato la malformazione del feto. La coppia lamentava, cioè la violazione del diritto al "rispetto della vita familiare" con il conseguente venir meno non solo dell'obbligo da parte dello Stato di non ingerenza nella vita familiare, ma anche dell'obbligo di adottare misure a tutela della vita familiare.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto la doglianza formulata dalla coppia compatibile *ratione materiae* con l'art. 8 della Convenzione per due motivi particolari. Innanzitutto, perché non è affatto vero come sostenuto, invece, dal Governo italiano che la coppia pretende di agire in nome di un diritto ad avere un figlio sano, infatti *il diritto da essi invocato altro non è se non la possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter mettere al mondo un figlio non affetto da mucoviscidosi, malattia genetica di cui sono portatori sani*. Inoltre, vale la pena ricordare che la diagnosi pre-impianto non è volta ad escludere qualunque tipo di malformazione, ma nel caso di specie, semplicemente ad escludere che il bambino abbia la malattia di cui non solo i genitori sono portatori ma anche la loro prima figlia.

¹⁹⁶ L'articolo 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo così dispone nelle parti che qui interessano:

1. «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (...).
2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria [...] alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

Più correttamente, la Corte percorrendo la strada della interpretazione estensiva ritiene possibile ricomprendere nella “sfera della vita familiare” anche *il diritto dell’individuo ad allacciare e sviluppare rapporti con i simili (..), il diritto allo «sviluppo personale» (...), e ancora il diritto all’autodeterminazione (...).* [...] *così come il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore (...).*

La volontà dei coniugi di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori rientra a pieno titolo nella tutela offerta dall’art. 8 della Convenzione.

Sulla scorta di siffatte considerazioni, Il Governo fa notare come la parti stiano facendo appello ad un diritto ad avere un figlio sano¹⁹⁷, diritto non contemplato nella Convenzione. E aggiunge, se pure la Corte dovesse ritenere che il caso in esame rientri nell’art. 8 della Convenzione, non vi sarebbe alcun elemento per poter dire che sia stato violato il diritto al rispetto della vita familiare, in quanto *il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto costituisce, infatti, una misura prevista dalla legge, volta al perseguimento di uno scopo legittimo, vale a dire la tutela dei diritti altrui e della morale, e necessaria in una società democratica*; inoltre la normativa sarebbe volta ad evitare derive eugenetiche.

A diverse conclusioni pervenivano i ricorrenti, ritenendo che lo Stato piuttosto che cercare a tutti i costi di escludere “il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore” dal concetto di diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 della CEDU, *dovrebbe, da un lato, astenersi da qualsiasi interferenza nella scelta dell’individuo di*

¹⁹⁷ Per avere un’idea di cosa significhi essere affetti da una malattia genetica rara si riportano le parole dal blog del Corriere della sera, ove si legge: “Che cosa significa essere affetti di fibrosi cistica Annalisa e Luca lo sanno. I ricoveri che spezzano i giochi e poi spezzano la scuola, le vacanze... Le broncopolmoniti, il muco insanguinato... le diarree che non fanno crescere il fisico dei bambini come Gaia, la loro prima figlia. E le ansie con cui ascoltano ogni colpo di tosse. Per questo non avrebbero voluto un altro bambino affetto da fibrosi cistica, per questo hanno cercato nella scienza la possibilità di “scegliere” una vita sana”.

diventare o meno genitore di un figlio, dall'altro, porre in atto le misure necessarie perché una tale scelta possa essere compiuta in piena libertà.

Inoltre, i giudici di Strasburgo, sottolineano che nel caso *de quo* non si tratta del diritto ad avere figli sani, i cui caratteri genetici siano programmati, poiché seppure evitato il rischio della malattia, resterebbero invariati i restanti dubbi sulla gravidanza e sulla presenza di altre patologie.

Si tratta, più specificamente di eliminare l'irragionevole discriminazione tra le coppie sterili o infertili e quelle fertili.

La problematica, peraltro, riconosce la Corte, non verte specificamente sulla legge 40, trattandosi di una coppia né sterile, né infertile, tanto più se si considera che il ricorso alla diagnosi pre-impianto sarebbe vietato in Italia. È proprio quest'ultimo divieto a costituire *quindi un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare*. La pretesa sulla quale i ricorrenti richiedono legittimazione, consente una riflessione di non poco conto. Alla coppia non interessa se il divieto di ricorrere alla diagnosi pre-impianto rientri nella lesione del rispetto della vita personale (art. 8 CEDU), quanto piuttosto la difficoltà di comprendere una così grande incongruenza della legge stessa: si vieta la diagnosi pre-impianto, ma si autorizza una donna ad abortire nel caso in cui il feto presenti una patologia. A nulla valgono, né paiono sufficienti le giustificazioni addotte dal Governo a proposito di tale incongruenza *la preoccupazione di tutelare la salute del «bambino» e della donna nonché la dignità e la libertà di coscienza delle professioni mediche, e l'interesse ad evitare il rischio di derive eugeniche*. Pare assurdo che una legge, che si fa promotrice di una tutela per il bambino, legittimi una donna a ricorrere all'aborto in uno stadio che sicuramente non è più embrionale, ma allo stesso tempo rifiuti di accettare una diagnosi pre-impianto sull'embrione. Una legge che legittima l'uccisione di un bambino già formato ma non di un embrione: nella sola considerazione di fatto che una cosa è l'embrione

un'altra il bambino¹⁹⁸. Ancora, non sussiste alcuna coincidenza tra gli interessi che il Governo dice di voler tutelare e l'ammissibilità di un aborto terapeutico in caso di malformazione del feto. *Pertanto, la Corte non può non tenere conto, da un lato, dello stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell'impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall'altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico.* Tutto ciò premesso alla Corte non resta che concludere per l'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di diagnosi preimpianto nel senso sopra descritto, la Corte ritiene che l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare sia stata sproporzionata. Pertanto, l'articolo 8 della Convenzione è stato violato nel caso di specie, condannando così il Governo italiano al pagamento della somma di euro 15.000 a titolo di risarcimento del danno morale in favore della coppia.

In questo contesto la Corte fa proprie le osservazioni sollevate dalla giurisprudenza italiana¹⁹⁹ di merito, nella interpretazione costituzionalmente orientata della legge 40/2004, sollevando da un lato, l'incoerenza sistematica del divieto di ricorrere alla diagnosi pre-impianto rispetto alla possibilità riconosciuta di aborto terapeutico e dall'altro, la sproporzione dell'intervento della legge 40 sul rispetto della tutela della vita familiare (art.8 CEDU)

L'11 febbraio 2013 un collegio di cinque giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo ha rigettato la richiesta di rinvio alla Grande Camera²⁰⁰

¹⁹⁸ Sul punto Atienza ritiene che il feto non ha emozioni nè sentimenti e pertanto deve distinguersi da chi è già persona. M. Atienza, *Bioética, Derecho y argumentación*, pp. 104-105.

¹⁹⁹ Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, cit.; TAR Lazio, 21 gennaio 2008, cit.

²⁰⁰ Nel sistema disegnato dalla Convenzione il rinvio alla Grande Camera di un caso già deciso in primo grado è consentito soltanto laddove "la questione oggetto del ricorso sollevi gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale", a giudizio di un collegio di cinque giudici della stessa Grande Camera, i quali sono così chiamati a una valutazione preliminare di ammissibilità

presentata dal Governo italiano contro la sentenza della Seconda sezione resa il 28 agosto 2012 nel caso *Costa e Pavan c. Italia* (n. 54270/10), divenendo così la sentenza definitiva.

È questo il racconto di un'altra esistenza che mette in evidenza l'“incoerenza” del divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e l'assenza di ragioni che giustificano un divieto alla diagnosi genetica pre-impianto.

3.4 Germania: il via alla diagnosi pre-impianto. Analisi del caso (BGH, 5 StR 386/09, 6 luglio 2010)

3.4.a Fatto²⁰¹. Iter processuale

Un ginecologo era accusato di aver commesso il reato di abuso di tecniche riproduttive ai sensi dell'art 1, sezione 1, e art. 2, comma 2, della legge sulla protezione dell'embrione (ESchG²⁰²). Il ginecologo aveva cercato di aiutare una coppia affetta da una malattia genetica rara ad avere un figlio ricorrendo alla diagnosi pre-impianto, vietata in Germania. La Corte federale tedesca (*Bundesgerichtshof*) decideva per la sua assoluzione.

3.4.b Il ragionamento del BGH. Interessi in conflitto

La sentenza emanata dal *Bundesgerichtshof* si inserisce nel solco dell'evoluzione giuridica che ha condotto alla emanazione di una legge che ha reso finalmente possibile, anche in Germania, il ricorso alla diagnosi pre-

del ricorso (art. 43 CEDU). Nell'ipotesi in cui non vengano ritenute sussistenti le condizioni predette, i giudici comunicano semplicemente il rigetto della richiesta di riesame senza alcuna motivazione, e la sentenza diviene definitiva ai sensi dell'art. 44 co. 2 lett. c) CEDU.

²⁰¹ Per maggiori dettagli sul caso si veda: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/09/5-386-09.php>

²⁰² *Embryonenschutzgesetz (EschG)* è la legge per la protezione dell'embrione del 13 dicembre 1990, entrata in vigore il 1 gennaio del 1991 è una legge penale complementare che prevede in alcuni casi anche la reclusione.

impianto. Nello specifico, si trattava di valutare la salute degli embrioni, ottenuti con la procreazione medicalmente assistita, prima che venissero impiantati nell'utero materno. Il *Bundesgerichtshof* ha dichiarato che tali esami diagnostici non sono penalmente perseguibili poiché non violano la *Embryonenschutzgesetz (ESchG)*, ossia la severa legge sulla protezione dell'embrione.

La Corte Suprema federale ha con questa sentenza sollecitato il legislatore a provvedere ad una regolamentazione legislativa in materia, stante il divieto di cui alla legge EschG.

Così in parziale risposta a questa sollecitazione nel luglio 2011²⁰³ è stato approvato dal *Bundestag* (Parlamento tedesco) un progetto di legge che consente il ricorso alla diagnosi pre-impianto, in casi in cui si prospettino gravi complicanze e rischi per il nascituro. Attraverso la relativa modifica dell'ESchG²⁰⁴ si ammette la diagnosi pre-impianto se pure in via eccezionale. Tale legge ha ricevuto definitivamente attuazione recentemente con l'adozione del regolamento attuativo del 1 febbraio 2014²⁰⁵. È da questo momento che anche la Germania si aggiunge agli altri Paesi europei dove la diagnosi pre-impianto è ammessa.

La novità legislativa è sicuramente di grande impatto se si pensa che la Germania è sempre stata un ordinamento caratterizzato da una profonda

²⁰³ Il Parlamento tedesco approva una legge a favore della diagnosi reimpianto *Präimplantationsdiagnostikgesetz vom 21. November 2011*, in BGBl. I S. 2228 (legge 21 novembre 2011) che però non è attuativa. La stessa legge infatti prevedeva che tramite regolamento dovessero essere definiti nel dettaglio tutti gli elementi necessari per poter concretamente procedere alla DGP nei casi e con le modalità previste a livello legislativo. In particolare il regolamento recentemente emanato si occupa di definire la disciplina per quanto riguarda le procedure da rispettare, il rilascio delle autorizzazioni ai centri specializzati, compresa la qualifica dei medici abilitati a lavorarvi e la durata delle autorizzazioni stesse, la composizione e il funzionamento delle *Ethikkommissionen* e la gestione della documentazione.

Il regolamento contiene inoltre un paragrafo dedicato alle definizioni e in particolare a quella di *Präimplantationsdiagnostik* e di *Zellen*, ossia delle cellule che possono essere oggetto di diagnosi genetica preimpianto. Rispetto a tale definizione il regolamento ribadisce che debba trattarsi di cellule staminali in grado di moltiplicarsi e di specializzarsi in diversi tipi di cellule (pluripotenti), ma non anche di svilupparsi in individuo (totipotenti).

²⁰⁴ È la legge tedesca sulla protezione dell'embrione del 13 dicembre del 1990, entrata in vigore il 1 gennaio del 1991 conosciuta in Germania come *Embryonenschutzgesetz* (in breve ESchG).

²⁰⁵ *Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik*

rigidità²⁰⁶ in merito alla protezione dell’embrione e al rischio di derive eugenetiche²⁰⁷. È stata proprio la sentenza in commento ad attenuare e ad aprire finalmente uno spiraglio per l’ammissibilità della tecnica medico-scientifica. La sentenza, nel valutare la punibilità o meno della condotta perpetrata dal medico, riapre la questione sulla distinzione tra cellule pluripotenti e quelle totipotenti. Sul punto, passando dal piano giuridico a quello tecnico medico, correlando termini del linguaggio giuridico con quelli propri del sapere scientifico, la Corte ha affermato che la diagnosi pre-impianto condotta su cellule embrionali pluripotenti, al fine di verificare la presenza di gravi patologie genetiche, non viola la *Embryonenschutzgesetz* e non rappresenta pertanto una condotta penalmente sanzionabile. L’argomento, secondo cui in questo caso non si tratti dello stesso embrione contemplato dalla legge, trova fondamento nel paragrafo 8, quando stabilisce che l’embrione è: "l’ovocita umano fecondato, capace di svilupparsi in individuo a partire dalla fusione del nucleo, e anche qualsiasi cellula *totipotente* prelevata dall’embrione che, in condizioni adatte, riesca a dividersi e a svilupparsi in individuo". Invece, le cellule pluripotenti sono cellule umane che hanno sì la capacità, in ambiente adeguato, di moltiplicarsi attraverso la divisione cellulare, e in grado, se le condizioni lo consentono, di svilupparsi, loro o le loro figlie, in diverse cellule specializzate, non però in un individuo. La Corte ha dunque ribadito che da qui nasce il presupposto per usare, nella diagnosi preimpianto, delle cellule embrionali che dopo lo stadio a otto cellule non siano più totipotenti.

Pur mantenendo un generale divieto di diagnosi genetica preimpianto, la disciplina tedesca ammette quindi ora la diagnosi pre-impianto, qualora sussista un alto rischio di trasmissione di gravi malattie genetiche al bambino o qualora sia effettuata per accertare una grave patologia

²⁰⁶ Sul punto si veda il testo della legge EschG del 1990.

²⁰⁷ Il riferimento è in particolare all’eugenetica nazista, considerato “sufficiente a condannare la tecnica in questione” Cfr C. Lalli, *Dilemmi della bioetica*, cit.

dell'embrione, tale da poter condurre con alta probabilità alla morte o ad un aborto.

La legge, nel definire le linee principali della disciplina in materia di diagnosi pre-impianto, impone che essa possa essere effettuata solo da medici qualificati presso centri specificamente autorizzati e che il consenso scritto della donna sia preceduto da un'adeguata informazione e consulenza sulle possibili conseguenze mediche, psicologiche e sociali della diagnosi richiesta. È inoltre espressamente previsto che la diagnosi possa essere effettuata solo dopo che una commissione etica a composizione interdisciplinare abbia verificato la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e abbia espresso il suo giudizio in merito.

L'adozione della *Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik* permetterà quindi di poter concretamente accedere, a partire da febbraio 2014, alla diagnosi pre-impianto nei casi previsti dalla normativa tedesca, quali possibili eccezioni al generale divieto contenuto nella *Embryonenschutzgesetz*.

4.Considerazioni conclusive

L'analisi dei dilemmi bioetici s'intreccia con le esistenze umane, rendendoci inevitabilmente prigionieri delle emozioni²⁰⁸. Al giurista attento, tuttavia, non è concessa questa possibilità, ma gli è richiesto di guardare oltre, come fa il diritto, per consentire un'adeguata argomentazione del giudizio bioetico.

Quando si tratta di affrontare i dilemmi bioetici, al diritto viene affidato l'arduo compito di compositore di conflitti tra valori ed interessi configgenti. È emerso, tuttavia, dall'analisi delle diverse pronunce giurisprudenziali anche di diritto comparato, come se da un lato, il diritto non può sottrarsi a questo ruolo di mediazione; dall'altro, la sua capacità di regolazione viene messa a dura prova. In quest'ottica, la possibilità di mediare la tensione, propria delle questioni bioetiche, corre il rischio di tramutare la giustizia in arbitrio e la tutela dei diritti fondamentali in prevaricazione dello Stato. Il diritto, come *auctoritas*, dotato di forza legittimante rischia di divenire inadeguato, se si attribuisce alla legge il potere di indirizzare i consociati verso determinati comportamenti morali.

Si tratterebbe di una sorta di positivismo etico²⁰⁹ che conduce all'imposizione d'autorità dei valori a scapito di un dibattito che necessita di essere razionalmente motivato. La conseguenza di un tale

²⁰⁸ Le emozioni “disegnano il paesaggio della nostra vita sociale”. Le emozioni sono il centro della vita sociale, sono quelle che mettono in moto le relazioni tra soggetti e favoriscono il progresso della società. Cfr. M.C. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, ed. it. (a cura di) G. Giorgini, trad. it. di R. Scognamiglio, Il Mulino, Bologna 2004, p.17. Ed ancora [le emozioni] “[...] implicano giudizi su cose importanti” attraverso le quali “riconosciamo il nostro <<essere bisognosi>>” Cfr. M.C. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., pp. 37 ss.

²⁰⁹ “(...) esistono due versioni fondamentali, e tra di loro nettamente distinte, del positivismo etico (aspetto ideologico del giuspositivismo): la versione che possiamo chiamare “estremistica” o “forte” e quella che possiamo chiamare “moderata” o “debole”. La versione estremistica è (...) propria (...) degli avversari del positivismo giuridico: essa è cioè soprattutto un comodo bersaglio, una “testa di turco”, che gli antipositivisti si sono creati per poter condurre più facilmente la loro polemica. (...) la versione moderata del positivismo etico afferma che il diritto ha un valore in quanto tale, indipendentemente dal suo contenuto. (...) Per il positivismo etico il diritto ha dunque sempre un valore, ma mentre per la sua versione estremistica si tratta di un valore finale, per quella moderata si tratta di un valore strumentale”. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1979, p.274.

atteggiamento non può essere altro che la chiusura di uno Stato di fronte al “politeismo dei valori”²¹⁰.

Il teorico del diritto di fronte a questa esigenza nella quale il valore in gioco è il bene-vita è davanti ad un bivio. Da un certo punto di vista, in ossequio, al dogma della completezza dell’ordinamento giuridico, il giurista si trova a sussumere entro categorie giuridiche valori fondamentali; in un altro senso, invece, riesce a creare nuovi strumenti giuridici in grado di risolvere la controversia. In entrambi i casi l’esegesi del giurista incontra dei limiti: la devozione alla dogmatica del diritto, nel primo caso, sacrificherebbe le particolari caratteristiche dei conflitti bioetici stravolgendone il significato più profondo; mentre, nel secondo caso, una completa inosservanza del diritto positivo renderebbe instabili le categorie giuridiche e al contempo incerti i loro effetti nella realtà sociale.

Quello che, invece ho tentato di mostrare, attraverso l’analisi di alcune pronunce delle Corti Superiori nazionali ed internazionali, vale la pena esprimerlo con le parole della Corte Costituzionale italiana: “la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l’accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l’arte medica; sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente opera le necessarie scelte professionali”²¹¹. Al legislatore dunque non è richiesto di farsi medico o scienziato, non è suo il compito di decidere quando si tratta di valori non negoziabili, quando si deve decidere tra cosa è

²¹⁰ Scrive Anna Cavalieri a proposito dello scenario prospettato: «Il carattere liberale degli ordinamenti contemporanei rende inammissibile [...] una soluzione di questo tipo. [...] A uno Stato che non voglia rinunciare al proprio “statuto di liberalità” [...] non resta altra soluzione se non quella di prendere sul serio il “politeismo dei valori” che caratterizza la comunità che pretende di governare [...] non limitandosi a neutralizzare il conflitto attraverso la decisione sovrana ma puntando ad utilizzare, valorizzandole, le “risorse etiche” che provengono dalla società civile”. Cfr. A. Cavalieri, *L’etica della vita come posta in gioco della secolarizzazione*, in A. Catania e F. Mancuso (a cura di), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine 2011, pag. 161.

²¹¹ Corte Costituzionale, sentenza n.151 del 5 maggio 2010. (Pres. Amirante, red. Mazzella) .

giusto e cosa non lo è. L'impossibilità di poter o addirittura di dover necessariamente categorizzare nella rete del diritto le questioni attinenti alla vita, anche pre-natale, non esclude però la capacità di giudicare in bioetica un argomento migliore di un altro, se ovviamente sostenuto da buone ragioni²¹².

Quando, come abbiamo visto nell'analisi argomentativa delle sentenze, si parla di rispetto della vita privata e familiare o del diritto di una coppia portatrice di una malattia genetica a non trasmettere la patologia al figlio, vuol dire che in queste materie il potere di decidere spetta alle persone interessate. È quindi necessario abbandonare il campo del potere dispositivo sulla vita nascente e far riemergere quel diritto all'autodeterminazione che, se pur fondamentale, troppo spesso viene dimenticato.

Quando il legislatore crea un diritto rigido che si impone dall'alto, si creano contraddizioni e forzature normative che portano i consociati a compiere scelte rischiose per la vita (si pensi alla possibilità, che la legge consente, di ricorrere ad un aborto terapeutico piuttosto che alla diagnosi pre-impianto), laddove dovrebbe esserci la certezza giuridica.

La sfida è quella di dimostrare, come non sia accettabile né il totale disinteresse del legislatore di fronte a questioni umane che chiedono legittimazione, né l'eccessiva giuridificazione (se, ad esempio, si guarda alla fase pre-natale si trovano i diritti sui gameti, i diritti dell'embrione e del feto. Per ciascuna di queste figure è possibile, come abbiamo visto nelle sentenze analizzate, ritrovare un riferimento giuridico significativo in convenzioni, dichiarazioni internazionali, leggi nazionali o regolamenti) che ha condotto a discipline troppo rigide favorendo il fenomeno del turismo procreativo.

Per fare questo, ho cercato utilizzando l'approccio metodologico del *case law*, tipico del diritto anglosassone, di mettere in evidenza i limiti di

²¹² “La natura stessa dell'argomentazione e della deliberazione s'oppone alla necessità e all'evidenza, perché non si delibera dove la soluzione è necessaria, né s'argomenta contro l'evidenza”. Perelman C., Olbrechts-Tyteca L., *Trattato dell'argomentazione*, cit., p.3.

una prospettiva legislativa, in particolare italiana, prigioniera di una profonda crisi culturale e politica. La tutela dei diritti fondamentali ha trovato rifugio nelle Corti italiane e internazionali che hanno mostrato le incongruenze legislative servendosi di continui riferimenti alla Costituzione. È dunque, il venir meno di una politica legislativa forte che ha reso preminente il ruolo del giudice anche e forse, soprattutto di fronte alle scelte bioetiche. I giudici, sono chiamati a supplire un vuoto legislativo e per non essere accusati di arbitrarietà dovranno decidere attenendosi ai dettami Costituzionali e alla logica dei diritti fondamentali.

Qual è quindi, il ruolo del diritto vivente? Davvero da esso si può pretendere una risposta corretta? “Un bambino colpito da un handicap (...) può denunciare il fatto di essere nato infermo invece di non essere nato affatto²¹³?” Esiste una risposta corretta²¹⁴ a questo interrogativo? Il giurista coerente potrebbe rispondere che questa situazione non è decisa, che l’ordinamento nulla dice in merito. Questo significa che è indecidibile? Probabilmente no.

Cerchiamo di capire quali sono i benefici che la filosofia del diritto e le teorie dell’argomentazione possono fornire affinché si comprenda cosa determini in ultima analisi le decisioni ermeneutiche adottate dagli interpreti dell’ordine giuridico. Il fatto di accogliere o di respingere la denuncia del piccolo affetto da handicap dipende in fondo dal posto che si vuole accordare alla libertà individuale nella società o, più esattamente, alla concezione che si ha della libertà individuale²¹⁵.

Siamo, dunque, chiamati ad interrogarci sul potere dispositivo della nostra vita, per il quale non sempre il diritto può farsi legittimante, ma che anzi deve fare i conti con l’*humus* di profonda incertezza e conflitto che

²¹³ Con queste parole l’avvocato generale Sainte-Rose si rivolgeva all’assemblea plenaria della Corte di Cassazione durante l’udienza di esame del celeberrimo caso Perruche. Sentenza del 17 novembre 2000. Corte di Cassazione- seduta plenaria.

²¹⁴ Per una’approfondita disamina sull’esistenza di una risposta corretta. Cfr. M. Atienza, *In merito all’unica risposta corretta*, in *Ragion pratica*, n.34, giugno 2010, Il Mulino, Bologna.

²¹⁵ O. Cayla e Y Thomas, *Il diritto di non nascere*, Giuffrè, 2004, pp.19-21.

emerge chiara, quando ci troviamo a dover bilanciare i valori fondamentali della società in cui viviamo²¹⁶. Come si sentirebbe, si chiede Habermas²¹⁷, un individuo che venisse a sapere che il proprio codice genetico è stato manipolato? Il futuro bambino si troverebbe così a veder limitata la sua libertà in forza di un potere dispositivo, in quanto la sua stessa vita sarebbe sottomessa all'arbitrio altrui. Un individuo, che così si sentirebbe escluso dalla comunità di parlanti che partecipano ad un discorso ragionevole. Ecco quindi che, il giurista, che si accosta ai conflitti intorno alle questioni bioetiche, dovrebbe riconoscere che esistono ambiti nei quali l'intervento del legislatore non può essere dettato da forzature ideologiche, ma deve cedere il passo al principio di libertà e di dignità umana.

Una conquista del progresso scientifico che come tutte le innovazioni mette in evidenza quanto sia labile il confine tra fortuna e sciagura di fronte al progresso medico-scientifico. Un successo in ordine al dominio della vita²¹⁸ che scatena nuove e più difficili domande relative al futuro della natura umana²¹⁹.

²¹⁶ E. Picker, *Il danno della vita*, cit., pp. 7 e ss..

²¹⁷ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit..

²¹⁸ R.Dworkin, *Il dominio della vita*, cit..

²¹⁹ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., e E. Picker, *Il danno della vita*, cit., p.7.

BIBLIOGRAFIA

Abignente A., *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003.

Abignente A., Scamardella F. (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013.

Agamben G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino 2005.

Alexy R., *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, ed. it. (a cura di) M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1998.

Aristotele, *Retorica e Poetica*, (a cura di) M. Zanatta, Utet, 2004.

Atienza M., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona 1993.

Atienza M., *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2010.

Atienza M., *La guerra de las falacias*, Libreria Compás, Alicante 2010.

Atienza M., García Amado J. A., *Un debate sobre la ponderación*, Palestra- Temis, Lima-Bogotá 2012.

Atienza M., *El derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona 2006, p. 11, ora Id., *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, ed. it. (a cura di) A. Abignente, trad. it. di V. Nitrato Izzo, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

Atienza M., *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid 2013.

Atienza M., *In merito all'unica risposta corretta*, in *Ragion pratica*, n.34, giugno 2010.

Auletta T., *Implicanze giuridiche nella procreazione assistita*, in S. Consoli, V. Rocca, *Embrioni, cellule e persona: biomedicina, giurisprudenza ed etica a confronto*, Firenze, 2008.

A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. di I. Mattei, Giuffrè, Milano, 1995.

M. Barberis, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari 2006.

T. L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, USA 1979, trad it., (a cura di) F. Demartis, *Principi di etica biomedica*, Le Lettere, Firenze, 1999.

Bertea S., *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Catanzaro 2002.

Bianca C. M., *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano 2002.

N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1979.

Borsellino P., *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Raffaello Cortina editore, Milano 2009.

Borsellino P., *Bioetica e filosofia del diritto: un incontro opportuno, anzi necessario*. In *L'identità plurale della Filosofia del diritto. Atti del 24. Congresso della Società italiana di filosofia del diritto*. Torino, 2009, 16-18 settembre 2008 (pp.283-302). Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Cassese S., *Lo spazio giuridico internazionale*, Laterza, Roma-Bari 2003.

Catania A. e Mancuso F. (a cura di), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine 2011.

Cayla O., Thomas Y., *Il diritto di non nascere*, trad. it. L. Colombo, Giuffrè, 2004.

Conza G., *Prassi argomentativa del giudice di legittimità. Un'analisi sull'uso dell'argomentazione in funzione giustificativa o creativa*, in *i-lex*, 18, 2013, pp. 133 - 159, www.i-lex.it

Cricenti G., *Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.12 dicembre 2009, Cedam, anno XXV, pp. 1258-1275.

de Lora P., Gascòn M., *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Alianza Editorial, Madrid 2008.

R. Dworkin, *L'impero del diritto*, trad.it. di Caracciolo L. (a cura di) Frega S., Il Saggiatore, Milano 1989.

Dworkin R., *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad.it di Bagnoli C., (a cura di) Maffettone S., Edizioni di Comunità, 1994.

Dworkin R., *Giustizia per i ricci*, trad.it. di Ottonelli V., Feltrinelli, Milano 2013.

Engelhardt H. T., *Manuale di bioetica*, trad. it. di Rini S., Il Saggiatore, Milano 1999.

Faralli C. e Cortesi C. (a cura di), *Nuove Maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, Diabasis, Reggio Emilia 2005.

Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1: *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Finnis J.M., *Natural law and natural Rights*, trad it, (a cura di) F. Viola, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, 1996.

Gadamer H.G., *Verità e metodo*, (a cura di) G. Vattimo, Bompiani, Milano 1983.

Gazzoni F., *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in “Diritto famiglia persona”, 2005.

Gómez Sánchez Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

Habermas J., *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it. di P. Rinaudo, con intr. di G.E. Rusconi, 2 voll., Il Mulino, Bologna 1986.

Habermas J., *Etica del discorso*, trad. it. di E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari, 1985.

Habermas J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. di L. Ceppa, Guerini Associati, Milano 1996.

Habermas J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad.it. di L. Ceppa, Einaudi, Torino, 2002.

N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979.

Jonsen A. R., Toulmin S., *The abuse of Casuistry., The abuse of Casuistry. A history of moral reasoning.* University of California Press, 1989.

Lalli C., *Dilemmi della bioetica*, Liguori, Napoli 2007.

Larenz K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, (a cura di S. Ventura) Giuffrè, Milano 1966.

La Torre M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLI, n. 2, dicembre 2011, pp. 495-515; e in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLII, n. 1, giugno 2012, pp. 123-153.

La Torre M., Scerbo A. (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003.

Longobucco F., in *L'<<interpretazione secondo Costituzione>> nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I Persone – famiglie – successioni, (a cura di) Perlingieri G., Carapezza Figlia G., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012.

MacCormick N., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it (a cura di) A. Schiavello, Giappichelli, Torino, 2001.

MacCormick N., *I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico*, in MacCormick N., Weinberger O., *Il diritto come istituzione*, (a cura di) M. La Torre, Milano 1990.

Míguez Núñez R., *Jurisprudencia extranjera comentada. Responsabilidad civil médica*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.17, pp.227-238, dicembre 2011.

Mill J. S., *Sulla libertà*, (a cura di) G. Mollica, Bompiani, 2000.

Moreso J. J., *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, n.18 del 2002, Il Mulino, Bologna.

Mordacci R., *Una introduzione alle teorie morali: confronto con la bioetica*, Feltrinelli, Milano 2003.

Neri D., *Embrioni e brevetti: a proposito della sentenza della Corte Europea di Giustizia sul caso Burstle*, pp. 582-602, in *Bioetica*, Rivista interdisciplinare, Anno XIX, n.4/2011, Casa editrice Vicolo del Pavone.

Nino C.S., *Diritto come morale applicata*, (a cura) di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1999.

Nussbaum M. C., *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, trad. it. di W. Mafezzoni, Il Mulino, Bologna 2001.

Nussbaum M.C., *L'intelligenza delle emozioni*, ed. it. (a cura di) G. Giorgini, trad. it. di R. Scognamiglio, Il Mulino, Bologna 2004.

Ollero A., *Dignità e statuto giuridico dell'embrione*, in Colloqui sulla dignità umana, atti del convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007) (a cura di) A. Argiraffi, P. Becchi, D. Anselmo, pp.113- 149.

Peczenik A., *Derecho y razón*, Fontamara, México 2000.

Perelman C., Olbrechts-Tyteca L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad.it. di C. Schick, M. Mayer, E. Barassi, Einaudi, Torino 2001.

Picker E., *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, (a cura di) Zatti P. e Canale D., Giuffrè 2004.

Pomarici U. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. 2, Giappichelli, Torino 2012.

Rodotà S. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1993.

Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012.

Singer P., *Etica pratica*, trad. it. G. Ferranti, Liguori Editori, Napoli, 1979.

Squitieri F. (a cura di), *A rare genetic disorder, an example of social injustice*, Giugno 2013.

Testa I., Cantù P., *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Mondadori, Milano 2006.

Toulmin S., *The tyranny of Principles*, in *The Hastings Center Report*, 1981, 6, pp. 31-39.

Toulmin S., *Gli usi dell'argomentazione*, trad. it. di G. Bertoldi, Rosenberg & Sellier, Torino 1975.

Vega Reñón L., *Aristotle's Endoxa and Plausible Argumentation*, in *Argumentation* 12: 95–113, Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 1998.

Vega Reñón L., *Si de argumentar se trata*, Edición propiedad de Ediciones de Intervención Cultural, España 2007.

Viafora C. e Mocellin S. (a cura di), *L'argomentazione del giudizio bioetico. Teorie a confronto*, FrancoAngeli, Milano, 2006.

Viola F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000.

Wilhelm W., *Metodologia giuridica del secolo XIX*, (a cura di) P. Lucchini, Giuffrè, Milano 1974.

G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.

Zatti P., *Maschere del diritto. Volti della Vita*, Giuffrè Editore, Milano 2009.

Zatti P., Rodotà S., *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*. (a cura di) S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti Tomo I, Giuffrè, 2011.

Riviste:

Bioetica, Rivista interdisciplinare, Anno XIX, n.1-2/2009, Casa editrice Vicolo del Pavone.

Bioetica, Rivista interdisciplinare, Anno XIX, n.4/2011, Casa editrice Vicolo del Pavone.

Rivista di Filosofia del diritto, n.1, 2013, giugno, Il Mulino, Bologna.

Revista Chilena de Derecho Privado, n.17, pp.227-238, dicembre 2011.

La nuova giurisprudenza civile commentata, n.12 dicembre 2009, Cedam, anno XXV, pp. 1258-1275.

Materiali per una storia della cultura giuridica, a. XLI, n. 2, dicembre 2011, pp. 495-515; e in Materiali per una storia della cultura giuridica, a. XLII, n. 1, giugno 2012, pp. 123-153.

Ragion pratica, n.18/2002, Il Mulino, Bologna.

Ragion pratica, n.34/2010, Il Mulino, Bologna.

Siti internet:

www.cortecostituzionale.it

www.bioeticayderecho.ub.edu/es

www.corteconstitucional.gov.co

www.i-lex.it

www.camera.it

www.courdecassation.fr

www.giurcost.org

<http://eur-lex.europa.eu>

www.lirh.it

www.salute.gov.it

Prima della nascita.

Il giudice di fronte alle scelte bioetiche: un'analisi comparata

Antes del nacimiento.

La justificación de las decisiones bioéticas en la jurisprudencia: un análisis comparativo

PARTE PRIMA

- | | |
|--|------|
| 1. Bioetica e linguaggio dei diritti. | p. 2 |
| 2. L'argomentazione bioetica. Sviluppo e implicazioni. | 5 |
| 3. I conflitti giuridici in materia di bioetica: "dilemmi" o "problemi"? | 18 |
| 4. Giuridificare e/o giustificare la bioetica. | 21 |

PARTE SECONDA

- | | |
|---|-------|
| <u>1. Diritto a nascere sano</u> | p. 28 |
| 1.1 Analisi del caso (Corte di Cassazione 11 maggio 2009 n.10741) | |
| 1.1.a Fatto | |
| 1.1.b Iter processuale | |
| 1.1.c Schema argomentativo | |
| 1.1.d Il ragionamento della Corte di Cassazione. Interessi in conflitto | |
| 1.3 Analisi del caso (Corte di Cassazione 2 ottobre 2012n.16754, Rel. Travaglino) | |
| 1.2.a Fatto | |
| 1.2.b Iter processuale | |

1.2.c Schema argomentativo

1.2.d Il ragionamento della Corte di Cassazione. Interessi in conflitto

2. Maternità surrogata

p.70

2.1 Analisi del caso (Corte di Appello di Bari, 13 febbraio 2009)

2.1.a Fatto. Iter processuale

2.1.b Il ragionamento della Corte d'Appello. Interessi in conflitto

2.2 Analisi del caso (Tribunale di Napoli, decreto del 1 luglio 2011)

2.2.a Fatto. Iter processuale

2.2.b Il ragionamento del Tribunale di Napoli. Interessi in conflitto

2.3 Analisi del caso (Tribunale per i Minorenni di Milano 3 agosto 2012)

2.3.a Fatto. Iter processuale

2.3.b Il ragionamento del Tribunale per i Minorenni di Milano. Interessi in conflitto

2.4 Analisi del caso (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-968/09)

2.4.a Fatto

2.4.b Iter processuale

2.4.c Il ragionamento della Corte Constitucional de Colombia. Interessi in conflitto

2.5 Crystal Kelley: il caso che divide l'America.

2.5.a Fatto

2.5.b Una riflessione giuridico-filosofica

<u>3. La selezione degli embrioni.</u>	p.111
3.1 La diagnosi pre-impianto nell'ordinamento giuridico italiano	
3.2 Definire l'embrione, si può? Analisi del caso. (Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-34/10 Oliver Brüstle contro Greenpeace eV)	
3.2. a Fatto. Iter processuale	
3.2.b Il ragionamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Interessi in conflitto	
3.3 Analisi del caso (Corte EDU Sentenza 28 agosto 2012 - Causa Costa e Pavan c. Italia)	
3.3.a Fatto. Iter processuale	
3.3.b Il ragionamento della Corte EDU. Interessi in conflitto	
3.4 Germania: il via alla diagnosi pre-impianto. Analisi del caso (<i>BGH</i> , 5 <i>StR</i> 386/09, 6 luglio 2010)	
3.4.a Fatto. Iter processuale	
3.4.b <i>Il ragionamento del BGH</i> . Interessi in conflitto.	
<u>4.Considerazioni conclusive</u>	p. 138
Bibliografia	p.143
Indice	p.154